Die

fristlose Kündigung des Dienstvertrages auf der Grundlage des bürgerlichen Gesetzbuches.

Ihre Voraussetzungen und Einwirkungen auf die Verpflichtungen der Parteien.

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde

der Juristenfakultät zu Rostock

vorgelegt von

Walter Illig,

Gerichtsreferendar in Cöln.

Bonn,

Carl Georgi, Universitäts-Buchdruckerei und Verlag.

1904.

Literatur.

1. Archiv für bürgerliches Recht.
2. Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik.
3. Biermann, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 1898.
4. von Blume „Uber das Verhältnis des § 626 BGB. zu den §§ 123, 124, 124a RGO." im Verwaltungsarchiv.
5. Burchardt, „Die Rechtsverhältnisse der gewerblichen Arbeiter" 1901.
6. Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Die allgemeinen Lehren und das Recht der Forderungen, 1899.
7. Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, 1898.
8. Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte, 1897.
9. Cuno in „Das Gewerbegericht", Jahrgang 5.
10. Dernburg, Das bürgerliche Recht, II. Band. Die Schuldverhältnisse, Abtl. 1 (1899) und Abtl. 2 (1901).
11. Dernburg, Preussisches Privatrecht, 1897.
12 Denkschrift zu dem Entwurfe eines Handelsgesetzbuches.
13. Eck, Vorträge über das bürgerliche Gesetzbuch.
14. Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Allgemeiner Teil und Recht der Schuldverhältnisse, 1903.
15. Endemann, Lehrbuch des deutschen Handelsrechts.
16. — „Die Behandlung der Arbeit im Privatrecht", 1896. (Abdruck aus den Jahrbüchern für Nationalökonomie und Statistik.)
17. Entscheidungen des Reichsgerichts.
18. Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
19. Enneccerus, Das bürgerliche Recht, 1900.
20. Frankenberg, „Stellung des deutschen Arbeiters zum BGB".
21. Fuld, „Die Aufhebung des Dienstvertrages nach der Gewerbeordnung und dem BGB." in: Gruchots Beiträgen.
22. Fuld, „Das Recht der Handlungsgehülfen", 1897.

23. Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht.
24. Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
25. Hachenburg, „Dienstvertrag und Werkvertrag", 1898.
26. Hahn, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, IV. Aufl.
27. Horrwitz, „Das Recht der Handlungsgehülfen", 1897.
28. Immerwahr, „Die Kündigung", 1898.
29. Kohler im Archiv für zivilistische Praxis.
30. Landmann, Kommentar zur RGO.
31. Loening, Handwörterbuch der Staatswissenschaften.
32. Lotmar, „Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrechte des Deutschen Reiches", 1902.
33. Lotmar, „Der Dienstvertrag" in „Brauns Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik".
34. Madai, „mora".
35. Makower, Kommentar zum HGB.
36. Matthiass, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1899.
37. Mitteis, „Stellvertretung".
38 Mommsen, Beiträge zum Obligationen-Recht.
39. Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich.
40. Nelken, „Handwerker- und Arbeiterschutzgesetze".
41. Neukamp, „Das Verhältnis des BGB. zur RGO." im Verwaltungsarchiv.
42. Örtmann, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 1899.
43. — im Archiv für öffentliches Recht.
44. Planck, Das bürgerliche Recht, Bd. II, 1900.
45. Protokolle der Kommission für die II. Lesung des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuches.
46. Reinhard, „Der einseitige Rücktritt vom Dienstvertrag und die Rechtswirkungen des berechtigten und unberechtigten Rücktritts" nach Reichsrecht und nach sächsischem bürgerlichen Recht; im sächsischen Archiv für bürgerliches Recht und Prozess.
47. Rosenstock, „BGB. und Theaterrecht".
48. Scherer, Recht der Schuldverhältnisse, 1898.
49. Schollmeyer, „Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im bürgerlichen Gesetzbuch", 1897.
50. von Schulz, „Zur Frage der kündigungslosen Entlassung der Arbeiter im deutschen Gewerberecht" in Brauns Archiv für soziale Gesetzgebung.

51. Seuffert, „Ratihabitio“.
52. Seufferts Archiv.
53. Siméon, „Recht und Rechtsgang im Deutschen Reich“.
54. Stammler, „Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren“, 1897.
55. Thiele, „Die Kündigung insbesondere bei Darlehn“ im Archiv für zivilistische Praxis.
56. Windscheid, Pandekten, VII. Aufl.
57. Wolff, „mora“.
58. Olshausen, Kommentar zum RStrGB., VI. Aufl.
59. Staub, Kommentar zum HGB., VI. Aufl., 1900.

Zeitschriften:

1. „Das Gewerbegericht“.
2. „Hessische Rechtsprechung“.
3. „Juristische Wochenschrift“.
4. „Das Recht“.

Disposition.

Einleitung (§ 1).

Abhandlung (§§ 2—16).

I. Die Voraussetzungen der fristlosen Kündigung des Dienstvertrages (§§ 2—13).

A. Allgemeiner Teil.

Begriff und Wesen der Kündigung (§ 2).

1. Die rechtsgeschäftliche Natur der Kündigung.
2. Kündigung als einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung.
3. Bedingte Kündigung; Kündigung durch negotiorum gestor; Widerruflichkeit der Kündigungserklärung.
4. Die fristlose Kündigung insbesondere.

B. Besonderer Teil (§§ 3—13).

AA. Die fristlose Kündigung des Dienstvertrages auf Grund des § 626 BGB. (§§ 3—11).

1. Anwendungsgebiet des § 626 BGB.
   Das Verhältnis zu §§ 123, 124, 124a RGO. (§ 3).
2. Die Berechtigung zur Kündigung (§§ 4—9).
   a) Im allgemeinen (§ 4).
   b) Anwendungsfälle des „wichtigen Grundes“ (§§ 5—9).
      aa) Kündigung aus in der Person des Vertragsgenossen liegenden Gründen (§§ 5—8).
         α) Vertragswidriges Verhalten (§§ 5—6).
            α_1) Die persönlichen Beziehungen der Parteien (§ 5).
            α_2) Die vertraglichen Leistungen (§ 6).
         β) Unverschuldete subjektive Behinderung (§ 7).
         γ) Ausserkontraktliches Verhalten (§ 8).
      bb) Kündigung aus Gründen die in der Person des Kündigenden selbst oder in objektiver Sphäre liegen (§ 9).

3. Der zwingende Charakter des § 626 BGB. (§ 10).
4. Ausübung des Kündigungsrechts auf Grund des § 626 BGB. (§ 11).
1. Fristlose Kündigung und das allgemeine Rücktrittsrecht bei zweiseitigen Verträgen im Falle der Nichterfüllung.
2. Bedeutung des Nonusus des Kündigungsrechts aus wichtigen Gründen.
3. Kündigung durch die Erben.
BB. Die übrigen Fälle der fristlosen Kündigung des Dienstvertrages, §§ 627, 1358 BGB. (§§ 12—13).
1. Der § 627 BGB. (§ 12).
2. Der § 1358 BGB. (§ 13).

II. Die Einwirkungen der fristlosen Kündigung des Dienstvertrages auf die Verpflichtungen der Parteien (§§ 14—16).

1. Die Rechtslage der Parteien bei unberechtigter Kündigung (§ 14).
2. Die Auflösung des Vertrages; Zeitpunkt derselben; Fristlose Kündigung und „Rücktritt" im Rechtssinne. (§ 15).
3. Die Verpflichtungen der Parteien (§ 16).
a) Ansprüche bezüglich der vertraglichen Vergütung.
α) Der Anspruch des Dienstpflichtigen auf verhältnismässige Vergütung für die geleisteten Dienste; Beschränkung dieses Anspruches.
β) Der Anspruch des Dienstberechtigten auf Herausgabe der im voraus entrichteten Vergütung.
β_1) Die Herausgabe nach Massgabe der Vorschriften, die auf das Verhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer nach Eintritt der Rechtshängigkeit des Eigentumsanspruches Anwendung finden.
β_2) Die Herausgabe auf Grund der Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung.
b) Ansprüche auf Schadensersatz.
α) Für beide Teile gemäss § 628 Abs. 2 BGB.
β) Für den Dienstberechtigten im Falle unzeitiger Kündigung gemäss § 627 Abs. 2 BGB.

§ 1.

Einleitung.

Im Anschlusse an die gemeinrechtliche Doktrin und Praxis und im Anschlusse an die modernen Kodifikationen gewährt das bürgerliche Gesetzbuch beim Dienstvertrage den Parteien das Recht, beim Vorliegen bestimmter Voraussetzungen das für längere Zeit geplante Vertragsverhältnis entgegen den ursprünglichen Vereinbarungen ohne Einhaltung einer Frist zu kündigen.

Dauernde Dienstverhältnisse bedeuten immer eine Bindung der Parteien, sei es dass die Vertragszeit von vorneherein fest bestimmt ist, sei es dass auf Kündigung abgestellt ist; letzterenfalls liegt eine Bindung wenigstens für die Dauer der Kündigungsfrist vor. Die Notwendigkeit, solcher Gebundenheit gegenüber es den Parteien zu ermöglichen, in Fällen persönlicher oder sachlicher Untunlichkeit des Aushaltens der vertragsmässigen Dauer, sich vom Vertrage für die Zukunft loszusagen, ergibt sich zur Genüge aus der bisherigen Rechtsentwicklung.

Das bürgerliche Gesetzbuch trägt diesem praktischen Bedürfnisse in weitgehendster Weise Rechnung durch Aufstellung eines allgemeinen Prinzipes. § 626 BGB. bestimmt:

„Das Dienstverhältnis kann von jedem Teile ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt."

Für die Qualifikation eines Tatbestandes als „wichtiger Grund“ im Sinne des § 626 ergibt sich aus dem bürgerlichen Gesetzbuche nichts.

Die Unterlassung einer näheren Bestimmung der Gründe, welche das fragliche Recht verleihen, ist aber wohlerwogen. In den Motiven Bd. II, S. 468 wird ausgeführt:

„Den grössten Schwierigkeiten unterliegt aber die nähere Bestimmung der Gründe, welche zu dem Rücktritte von dem Vertrage berechtigen sollen. Die Verträge, auf welche Rücksicht zu nehmen ist, sind von so verschiedener Art, dass eine erschöpfende Aufstellung der einzelnen Gründe, oder auch nur die Hervorhebung einiger Beispiele sich nicht als ausführbar erweist. Das eine wie das andere ist mit Aussicht auf Erfolg nur möglich, wenn die Regelung auf gewisse Arten von Verträgen beschränkt würde.

Welche Gründe als wichtige anzusehen sind, darf der richterlichen Würdigung überlassen werden. Es kann darauf vertraut werden, dass hieraus besondere Übelstände nicht entspringen werden.“

Wie hieraus zu ersehen, vermeidet es der Gesetzgeber absichtlich, auch nur exemplifizierend einzelne Gründe hervorzuheben, wie dies im Handelsgesetzbuche (§§ 70—72) und in der Gewerbeordnung (§§ 123, 124) geschehen ist. Aus denselben Erwägungen wie sie in den Motiven dargelegt sind, wurde auch ein bei der Kommission für die II. Lesung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches gestellter Antrag, den Begriff „wichtiger Grund“ durch einzelne Beispiele zu erläutern, abgelehnt (Protokolle der Kommission für die II. Lesung des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. II, S. 301 fg.). Der gesetzgeberische Standpunkt ist wohl gerechtfertigt. Der Gesetzgeber stand

vor der Aufgabe, den Anforderungen der modernen Rechtsanschauung, welche die jederzeitige Lösbarkeit eines Dienstverhältnisses verlangt, gerecht zu werden. Die Mannigfaltigkeit der wirtschaftlichen Verhältnisse, die gar nicht zu übersehenden einzelnen Fälle standen einer kasuistischen Regelung durchaus entgegen, während durch das Prinzip alle Bedürfnisse gedeckt werden. Die Nachteile und Gefahren, welche immerhin mit dem dem richterlichen Ermessen gewährten weiten Spielraum verbunden sind, müssen jedenfalls geringer angeschlagen werden, als die in einer kasuistischen Behandlung der Frage liegenden Gefahren einer ungenügenden Berücksichtigung der Bedürfnisse des praktischen Lebens.

Aufgabe der Wissenschaft ist es, der Gefahr, dass das Prinzip in der Praxis eine vom Gesetzgeber nicht gewollte Anwendung erfährt, dadurch zu begegnen, dass das allgemeine Prinzip auf seine Grundlagen geprüft wird, und damit die Ausdehnung, welche demselben zulässiger Weise gegeben werden kann, zu begrenzen. Das soll in dieser Arbeit versucht werden.

Hervorzuheben ist schon an dieser Stelle die grundsätzliche Relativität der Gründe, aus denen das besondere Kündigungsrecht abgeleitet wird.

Der Richter hat unter Berücksichtigung der konkreten Verhältnisse zu entscheiden, ob im gegebenen Falle ein bestimmter Tatbestand die vorzeitige Auflösung des Vertrages zu rechtfertigen geeignet war oder nicht. Das Handelsgesetzbuch spricht diese Relativität im § 71 besonders aus:

„Als ein wichtiger Grund ist es anzusehen — — — sofern nicht besondere Umstände eine andere Beurteilung rechtfertigen."

Bisher ist nur des von besonderen Voraus-

setzungen abhängigen fristlosen Kündigungsrechtes gedacht. Schlechthin ohne Einhaltung einer Frist findet die Kündigung statt mit Rücksicht auf die individuelle Art einzelner Dienstverträge (§ 627 BGB.) bezw. aus auf dem Institut der Ehe beruhenden Gründen im Falle des § 1358 BGB.

Die Terminologie des Gesetzes: „Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist" hat sich in der Rechtssprache nicht eingebürgert. Zur Bezeichnung des Verhältnisses werden die kürzeren Ausdrücke angewandt: „sofortige Kündigung", „ausserordentliche", „unbefristete", „besondere Kündigung"; in vorliegender Arbeit wird durchweg der Ausdruck „fristlose Kündigung" gebraucht, indes ohne damit die Gleichwertigkeit der übrigen Bezeichnungen anzweifeln zu wollen.

Das Thema wird in zwei Hauptteile eingeteilt. Der erste Teil handelt von den Voraussetzungen der Wirksamkeit der fristlosen Kündigung, der zweite Teil von den rechtlichen Wirkungen derselben.

Der erste Teil zerfällt wieder in zwei Unterabschnitte; der erste behandelt die Erfordernisse, welchen die Kündigung als Rechtsgeschäft entsprechen muss, der zweite die Berechtigung zur fristlosen Kündigung.

§ 2.

Abhandlung.

I.

Allgemeiner Teil.

Begriff und Wesen der Kündigung.

Dauernde, fortlaufende Verpflichtungen erzeugende Vertragsverhältnisse, deren Geltungsdauer in das freie Belieben eines oder beider Vertragsteile gestellt ist, können durch Kündigung beendigt werden. Diese Funktion hat die Kündigung bei Verhältnissen der verschiedensten Art; dem Auftrage, dem Gesellschaftsvertrage, der Miete und Pacht, den Dienst- und Arbeitsverhältnissen.

Die Kündigung erscheint also als das Mittel, Verträge, deren Geltungsdauer ohne feste Zeitbegrenzung ist, aufzulösen [1]). Nach dem Grunde und Einflusse der Kündigung als Endbestimmung der Vertragszeit unterscheidet man gesetzliche und vertragsmässige Kündigung auf der einen, und Kündigung mit und ohne Kündigungsfrist auf der anderen Seite [2]).

Die Kündigung ist eine Willenserklärung, die auf eine rechtliche Wirkung — Auflösung des Vertrags-

1) Unter besonderen Voraussetzungen (§§ 626, 671 BGB.) sind auch zeitlich begrenzte Vertragsverhältnisse jederzeit kündbar. Diese Seite der Kündigung bleibt, als ihrem eigentlichen Wesen fremd, vorerst ausser Betracht.

2) BGB. §§ 542 fg., 549, 564 fg., 567, 569, 595, 605, 609, 621 fg., 626 fg., 671 u. a.

verhältnisses — gerichtet ist. Der Akt der Kündigung ist demnach ein Rechtsgeschäft, näher: ein einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft [1]). Die Kündigung muss, um die gewollte rechtliche Wirkung zu erzeugen, den für die Rechtsgeschäfte allgemein geltenden Vorschriften entsprechen. Die Kündigung ist ein einseitiges, aber empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft. Die Rechtswirksamkeit der Kündigung ist unabhängig von einer Mitwirkung und von dem Einverständnisse des anderen Vertragsteiles: sie bedarf keiner Annahme durch den Gegner. Sie gehört indes wie die Rücktritts- und Anfechtungserklärung, die Mahnung, die Aufrechnungserklärung u. a. in die Kategorie der sogenannten empfangsbedürftigen Willenserklärungen, d. h. sie muss gegenüber dem Kündigungsgegner abgegeben werden; sie ist vollendet, wenn sie von dem letzteren empfangen ist (BGB. § 130). Weitere Erfordernisse der Rechtswirksamkeit der Kündigung ergeben sich aus ihrer Zweckbestimmung und den allgemeinen Vorschriften über derartige Willenserklärungen. Der Kündigende muss selbstverständlich geschäftsfähig sein; ist die Partei, gegenüber welcher die Kündigung ergeht, geschäftsunfähig, so hängt die Wirksamkeit davon ab, dass sie dem gesetzlichen Vertreter zugeht (BGB. § 131, Abs. 1). Dem beschränkt geschäftsfähigen Minderjährigen, nicht dem gesetzlichen Vertreter gegenüber muss die Kündigung erfolgen, wenn der Minderjährige mit Ermächtigung seines gesetzlichen Vertreters in Dienst oder Arbeit getreten ist, da der Minderjährige für Rechtsgeschäfte, welche die Aufhebung des Dienst-

---

1) Dernburg, Das bürgerl. Recht Bd. II. 1. § 55, S. 119. Lotmar, Der Arbeitsvertrag 1902. Bd. I. S. 561 fg. Immerwahr, Die Kündigung, 1898, S. 76.

verhältnisses betreffen, unbeschränkt geschäftsfähig ist (BGB. § 113). Die Erklärung, welche die Kündigung enthält, kann sowohl ausdrücklich, wie stillschweigend[1]) erfolgen; letztere nennt Lotmar[2]) „werktätige" Kündigung und führt als Beispiele an: Abholen der zur Arbeit erforderlichen Stoffe, Werkzeuge oder Muster von seiten des Arbeitgebers; definitives Verlassen der Arbeitsstelle seitens des Arbeitnehmers. Eine so geäusserte Kündigung gilt nach Lotmar als empfangen, wenn der Kündigungswille dem Gegner wahrnehmbar geworden ist[3]).

Die Wahl der Worte insbesondere ist unerheblich, wenn nur der Inhalt der Erklärung als Kündigung feststeht[4]).

Die Gesetze selbst verwenden verschiedene Ausdrücke für die Kündigung: so findet sich in Ansehung der Dienstverträge in der Reichsgewerbeordnung für die vom Arbeitgeber ausgehende Kündigung der Ausdruck „entlassen", für die Kündigung des Arbeitnehmers „die Arbeit verlassen". (RGO. §§ 123, 124). Anderwärts wird der Akt der Kündigung bezeichnet durch:

„die Aufhebung des Dienstverhältnisses verlangen" (RGO. §§ 124a, 133b), „seines Dienstes enthoben werden" (Binnenschiffahrtsgesetz § 20).

Wesentlich ist, dass die Kündigungserklärung die erforderliche Klarheit besitzt, d. h. dass der Kündi-

---

1) „stillschweigend" anscheinend nicht nach Planck: Das bürgerl. Recht. Schuldverhältnisse I, S. 165.

2) Lotmar, Der Arbeitsvertrag Bd. I, S. 564.

3) Lotmar, a. a. O. S. 567.

4) Thiele, Die Kündigung, insbesondere bei Darlehn im Archiv für Zivil. Praxis 89, S. 145.

gungswille überhaupt, und dass die Beendigung des Vertragsverhältnisses der Zeit nach feststeht.

Aus diesen Gesichtspunkten sind auch die in der Literatur mehrfach aufgeworfenen Fragen zu entscheiden, ob die durch einen unbeauftragten Vertreter, den negotiorum gestor, erfolgte Kündigung, sowie ob die unter einer Bedingung geschehene Kündigung rechtswirksam ist.

Die Kündigung ist als das Mittel, Vertragsverhältnisse von unbestimmter Dauer zu endigen, ihrer Zweckbestimmung nach eine endgiltige Entscheidung. Eine solche Entscheidung vermag die vom negotiorum gestor ausgehende Kündigung nicht abzugeben. Der Empfänger der Kündigungserklärung hat ein erhebliches Interesse daran, dass keinerlei Ungewissheit über die Auflösung des Vertragsverhältnisses besteht. Die Kündigung ist für ihn der Anlass, die seinen wirtschaftlichen Bedürfnissen entsprechenden faktischen und rechtlichen Massnahmen zu treffen. Das Interesse des Kündigungsempfängers wie der juristische Inhalt und Zweck des Kündigungsgeschäftes erheischen gleicherweise, dass der Vertragsaufhebungswille des Kündigenden dem anderen Teile gegenüber unzweideutig feststeht, und zwar im Augenblicke der Kündigungserklärung. Hat der Erklärende nicht diesen durch das Rechtsgeschäft der Kündigung erforderten, der beabsichtigten Rechtswirkung fähigen konkreten Willen, so ist ein wesentlicher Bestandteil des Rechtsgeschäftes nicht vorhanden, und der Kündigungsakt nach allgemeinen Grundsätzen unwirksam. Die nachträgliche Genehmigung seitens des dominus negotii kann diesen Mangel der Bestimmtheit des Willens im Augenblick der Erklärung nicht ersetzen. Die rückwirkende Kraft der Genehmigung würde überdies im

Falle der befristeten Kündigung für den Kündigungsgegner noch die Unbilligkeit im Gefolge haben, dass er die Kündigungsfrist, entgegen deren wirtschaftlichen Tendenz, nicht voll ausnutzen könnte.

Im gemeinen Rechte war die Wirksamkeit der Kündigung des negotiorum gestor mit Rücksicht auf den positiven Ausspruch einer Digestenstelle [1]), lange streitig; die herrschende Meinung, wie auch die Praxis des Reichsgerichts hat sich indes gegen die Rechtswirksamkeit ausgesprochen [2]). Dass die Kündigung durch einen bevollmächtigen Vertreter des Kündigenden erfolgen kann, ist unzweifelhaft. Legt der Bevollmächtigte die Vollmachtsurkunde nicht vor, und weist der Kündigungsgegner aus diesem Grunde die Kündigung unverzüglich zurück, so ist letztere gemäss § 174 BGB. unwirksam. Vielfach bestritten ist die Frage, ob die Kündigung unter einer Bedingung zulässig ist. Die Motive verneinen die Möglichkeit einer solchen Beschränkung durchaus und erklären eine bedingte Kündigung für wirkungslos:

„Die Kündigung verträgt jedoch begrifflich keine Bedingung, eine bedingte oder eventuelle Kündigung wäre unwirksam“ [3]),

und ferner:

„als selbstverständlich ist es auch zu erachten, dass eine bedingte Kündigung wirkungslos ist“ [4]).

---

1) l. 24. § 2. D. de usuris. 22. 1.
Mora videtur creditori fieri, sive ipsi, sive ei, cui mandaverat, sive ei, qui negotia eius gerebat, mora facta sit.

2) RGE. 26, S. 189. Motive zum Entwurf d. BGB. I, S. 245. Mitteis, Stellvertretung 140. Seuffert, Ratihabitio 33 fg. 72. Mommsen, Beiträge III, 52. Madai, Mora 51. Wolff, Mora 268. Gruchot, Beiträge III, 207.

3) Motive Bd. II, S. 314.

4) Motive Bd. II, S. 413.

Diese in den Motiven aufgestellte Ansicht erscheint zu schroff und einseitig[1]). Die Regel wird wohl allerdings unbedingte Kündigung sein; die Möglichkeit bedingter Kündigung wird jedoch dadurch keineswegs ausgeschlossen. Das scheint auch Dernburg[2]) anzunehmen:

„Die Kündigung muss, um wirksam zu werden, unbedingt sein. Eine bedingte oder eventuelle Kündigung ist der Regel nach nicht wirkungskräftig."

Auch Endemann[3]) erkennt die Möglichkeit bedingter Kündigung an:

„Kündigung unter einer Bedingung ist nur zulässig, wenn innerhalb der einzuhaltenden Kündigungsfrist die Bedingung sich entscheidet, und das Ergebnis dem Gegner zur sicheren Kenntnis gelangt."

Endemann lässt also bedingte Kündigung zu; er scheint indes die Zulässigkeit einer Bedingung nur bei befristeter Kündigung (— — innerhalb der einzuhaltenden Kündigungsfrist — —) anzuerkennen.

Auf dem oben angegebenen Standpunkt der Motive steht ferner Planck[4]), und zwar aus der Erwägung, dass bei bedingter Kündigung die erforderliche Klarheit fehle. Indes bietet das Gesetz selbst einen Fall bedingter Kündigung im § 643 BGB.:

„Der Unternehmer ist im Falle des § 642 berechtigt, dem Besteller zur Nachholung der Handlung eine angemessene Frist mit der Erklärung zu

---

1) Immerwahr a. a. O. S. 80, 81, verlangt ebenso als wesentliches Erfordernis der Kündigung deren Unbedingtheit.

2) Dernburg a. a. O. Bd. II[1], § 55, S. 120.

3) Endemann, Lehrbuch des bürgerl. Rechts. Allgem. Teil und Schuldverhältnisse S. 775.

4) Planck a. a. O. zu § 564, A. 2.

bestimmen, dass er den Vertrag kündige, wenn die Handlung nicht bis zum Ablaufe der Frist vorgenommen werde.“

§ 643 ist auch deshalb beachtenswert, weil mit der Bedingung noch eine Zeitbestimmung für die Entscheidung der Bedingung verbunden ist. Aus dieser Vorschrift lässt sich erkennen, dass die Ansicht der Motive in dieser Beziehung unhaltbar ist, und in der Tat ist in der Praxis bedingte Kündigung nicht selten. Nicht immer nämlich wird durch Hinzufügen einer Bedingung eine unzulässige Ungewissheit der Rechtslage erzeugt, wie dies in dem oben besprochenen Falle der Kündigung durch unbeauftragten Vertreter der Fall war. Wir haben bei der Erörterung jenes Falles bereits betont, dass die Kündigungserklärung die erforderliche Klarheit besitzen muss, d. h. der Kündigungsempfänger muss wissen, ob überhaupt und wann der Vertrag sein Ende erreichen soll. Die bedingte Kündigung ermangelt dieser Voraussetzung nicht in allen Fällen. Ein Rechtsgeschäft bedingen heisst: seine Giltigkeit von dem Eintritt eines zukünftigen, ungewissen Ereignisses abhängig machen. Die Kündigung ihrerseits soll Gewissheit darüber schaffen, wann der Vertrag sein Ende erreichen soll. Wenn für gewöhnlich die Kündigung unbedingt sein soll, so wird damit nur bezweckt zu verhindern, dass bei dem Empfänger der Kündigungserklärung Zweifel darüber entstehen könnten, wann und ob überhaupt der Vertrag aufgehoben ist. Ist die beigefügte Bedingung nun so gestaltet, dass der Gegner des Kündigenden jederzeit in der Lage ist die Bedingung nach seinem Belieben zu erfüllen, so ist eine Ungewissheit gar nicht vorhanden, und daher bedingte Kündigung statthaft. Mit anderen Worten: Alle die-

jenigen Bedingungen, deren Erfüllung dem Belieben des Kündigungsempfängers überlassen ist, können mit der Kündigungserklärung verbunden werden. (Potestativbedingung.) In allen anderen Fällen, wo die Bedingung der Art ist, dass der Gekündigte sich im Unklaren befinden könnte, ist bedingte Kündigung unzulässig. Die Wirkung der zulässig beigefügten Bedingung bestimmt sich nach allgemeinen Grundsätzen. Bei der aufschiebenden Bedingung tritt die von derselben abhängig gemachte Wirkung mit dem Eintritte der Bedingung ein. (BGB. § 158, Abs. 1.) Bei der unbefristeten Kündigung tritt ipso iure das Ende des Vertragsverhältnisses ein, wenn sich die Bedingung erfüllt. Bei der befristeten Kündigung beginnt mit Eintritt der Bedingung die Kündigungsfrist zu laufen; mit dem Zeitpunkte der Erfüllung der Bedingung tritt die Wirksamkeit der Kündigung ein, und es muss dann noch bis zur Beendigung des Verhältnisses die Kündigungsfrist hinzukommen.

Schlechthin für unzulässig zu erachten ist die Kündigung unter einer auflösenden Bedingung (BGB. § 158, Abs. 2). Bei der auflösenden Bedingung endet mit dem Eintritte der Bedingung die Wirkung des Rechtsgeschäftes, und tritt der frühere Rechtszustand wieder ein. Es soll also mit Erfüllung der Bedingung so gehalten werden, als ob keine Kündigung erfolgt wäre. Die Folge davon ist, dass der Vertrag wieder zu Recht besteht. Eine solche Möglichkeit würde jedoch die Rechtssicherheit erheblich beeinträchtigen, indem ein Vertrag, der schon erloschen ist oder zu erlöschen im Begriff steht, plötzlich wieder auflebt.

Mit der Funktion der Kündigung als einer endgiltigen Entscheidung über den Bestand des Vertragsverhältnisses ist auch die Statthaftigkeit eines Wider-

rufs der Kündigung unvereinbar. Zutreffend wird die Widerruflichkeit von Thiele[1]) mit der Begründung verneint, dass die für beide Teile mit rechtserzeugender Kraft erfolgte Fixierung des Endtermines einseitig nicht wieder rückgängig gemacht werden kann. An anderer Stelle äussert Thiele[2]):

„Wenn auch die Kündigung ein einseitiges Rechtsgeschäft ist, so folgt daraus keineswegs ihre Widerruflichkeit. Auch die einseitigen Rechtsgeschäfte sind der Regel nach unwiderruflich."

Die Möglichkeit des Widerrufes könnte allerdings nur mit Rücksicht auf die Eigenschaft der Kündigung als einseitigen Rechtsgeschäftes in Frage kommen. Die Widerruflichkeit ist indes, da das Gesetz sie bei der Kündigung nicht ausdrücklich zulässt, und da sie ferner mit der rechtlichen Natur der Kündigung unvereinbar ist, zu verneinen.

Die Kündigung kann begrifflich nur platzgreifen bei einem zweiseitigen Rechtsgeschäfte. Unterlassen die Parteien bei Eingehung des Rechtsverhältnisses die Dauer desselben zu bestimmen, so hat ihren Intentionen entsprechend, der einseitige Wille eines jeden Vertragsteiles die Macht, den Endtermin festzusetzen. Indem diese einseitige Festsetzung an die Stelle einer Übereinkunft tritt, hat sie den Effekt einer vertraglichen Abmachung, d. h. die Kündigung kann nicht rückgängig gemacht werden einseitig durch Widerruf, dazu bedarf es vielmehr des Einverständnisses des Gegners.

Die Aufhebung des Vertrages durch Kündigung kann nun in der Weise erfolgen, dass zwischen

---

1) Thiele a. a. O. S. 163.

2) Thiele a. a. O. S. 88. Ebenso Lotmar a. a. O. S. 572.

der Kündigungserklärung und der beabsichtigten Beendigung noch ein gewisser Zwischenraum liegen soll — Kündigung mit Frist — oder in der Art, dass sofort mit Vollendung des Tatbestandes der Kündigung der Vertrag erlischt — Kündigung ohne Frist.

Was bisher über die Kündigung mit Rücksicht auf den rechtsgeschäftlichen Charakter derselben gesagt ist, gilt auch für die fristlose Kündigung. In diesem Zusammenhange ist noch darauf hinzuweisen, dass es auf den Grund der Kündigung, deren eigentlichem Wesen nach, nicht ankommt. Die fristlose Kündigung ist dagegen, in ihrem hauptsächlichsten Anwendungsgebiete, an positive Voraussetzungen gebunden; sie ist nur zulässig, wenn dem Kündigenden ein „wichtiger Grund" zur Seite steht. Gebricht es im einzelnen Falle an dieser Voraussetzung, so ist die fristlose Kündigung als solche unwirksam, d. h. sie ist nicht geeignet, die sofortige Beendigung des Vertragsverhältnisses zu bewirken. Aus dem zum Ausdruck gebrachten Willen, das Vertragsverhältnis nicht weiter fortzusetzen, kann indes geschlossen werden, dass die Erklärung zum mindesten als die gesetzmässige Kündigung mit Kündigungsfrist gelten soll, und dass sie von dem anderen Teile in diesem Sinne entgegengenommen ist; sie behält deshalb die Wirkung als Kündigung zu dem nächsten gesetzlich zulässigen Termine. Entscheidend ist, wie bemerkt, der auch dem anderen Teile erkennbare Wille, den Vertrag zu beendigen. So wird auch für den Fall der befristeten Kündigung allgemein angenommen, dass, wenn sie nicht für den von dem Erklärenden bezeichneten Termine wirken kann, sie Giltigkeit hat für den nächsten zulässigen Termin. Es kündigt z. B. ein Beteiligter am 16. Dezember auf den 1. Januar, statt wie ver-

einbart Mitte des Monats zu kündigen. Da die zur Abgabe der Kündigungserklärung vorgeschriebene Zeit nicht gewahrt ist, kann die Kündigung den Vertrag mit dem Termine, auf den sie bestimmt war, nicht auflösen, sie ist aber wirksam für den nächsten zulässigen Termin[1]).

Am Schlusse dieses Abschnittes ist noch eine Definition der Kündigung zu geben.

Das Reichsgericht[2]) stellt eine Definition folgendermassen auf:

„Kündigung ist eine einseitige Willenserklärung, durch welche der zur Kündigung vertragsmässig oder gesetzlich Berechtigte dem Vertragsgegner seinen Willen kundgibt, dass das zwischen ihnen bestehende Rechtsverhältnis zu einem bestimmten Zeitpunkte sein Ende erreichen soll."

Diese Formulierung erweckt den Anschein, als ob zwischen der Erklärung, den Vertrag aufheben zu wollen, und der tatsächlichen Beendigung desselben, immer eine Frist, die sogenannte Kündigungsfrist liegen müsse. Die Begriffsbestimmung des Reichsgerichts umfasst somit nicht die fristlose Kündigung. Kündigung ist vielmehr eine Erklärung, durch welche der Wille: ein Rechtsverhältnis für die Zukunft (nicht: zu einem bestimmten Zeitpunkt) zu beenden, zum Ausdruck gebracht wird.

---

1) Vgl. Planck a. a. O. § 565, Not. 2. Thiele a. a. O. S. 162. Lotmar a. a. O. S. 569. Dagegen: Endemann a. a. O. § 170. Not. 6.

2) RGE. Bd. 26, S. 191.

Besonderer Teil.

Anwendungsgebiet des § 626 BGB.

Verhältnis zwischen den Auflösungsgründen eines Dienstverhältnisses nach dem bürgerlichen Gesetzbuche und nach der Reichsgewerbeordnung.

§ 3.

Das Verhältnis des § 626 BGB. zu den in der Reichsgewerbeordnung (§§ 123, 124, 124a) anerkannten Auflösungsgründen eines Dienstverhältnisses bedarf einer besonderen Erläuterung. Es ist streitig, ob jene Bestimmungen der RGO. durch § 626 BGB. aufgehoben und ersetzt sind. Die praktische Bedeutung dieser Frage erhellt aus einer von dem Verbande der deutschen Gewerbegerichte an den Reichstag unter dem 11. Mai 1899 gerichteten Petition, in der eine authentische Deklaration des Verhältnisses des § 626 BGB. zu den §§ 123, 124 und 124a RGO. angestrebt und darauf hingewiesen wurde, dass mehr als die Hälfte aller vor den Gewerbegerichten verhandelten Rechtsstreitigkeiten sich um die Frage dreht, ob die vorzeitige Auflösung eines gewerblichen Arbeitsverhältnisses mit Recht erfolgt ist oder nicht.

Die bereits mehr erwähnten §§ 123, 124 RGO. enthalten die Angabe der Gründe, aus denen „vor Ablauf der vertragsmässigen Zeit und ohne Aufkündigung“ Gesellen und Gehilfen „entlassen“ werden können (§ 123), bezw. die Arbeit „verlassen“ können (§ 124). Neben dieser in den §§ 123, 124 l. cit. für bestimmte Tatbestände geregelten Aufhebung des Arbeitsverhältnisses enthält der durch die Novelle vom

1. Juni 1891 hinzugefügte § 124a eine clausula generalis, wonach Arbeitgeber wie Arbeitnehmer aus „wichtigen Gründen“ vor der Zeit das Arbeitsverhältnis kündigen können, wenn dasselbe mindestens auf vier Wochen, oder wenn eine längere als vierzehntägige Kündigungsfrist vereinbart ist. Nach § 134 RGO. finden diese Rechtssätze (§§ 123, 124, 124a) auch auf Fabrikarbeiter Anwendung. Es erhellt ohne weiteres, dass die Aufhebung jener Bestimmungen der RGO. durch § 626 BGB. eine nicht unbedeutende Erweiterung des ausserordentlichen Kündigungsrechtes für die gewerblichen Dienstverträge bedeuten würde. Auch die vorzeitige Auflösung der letzteren würde generell aus wichtigen Gründen möglich sein, ohne Rücksicht auf die Länge der vertragsmässigen Zeit des Dienstverhältnisses; die speziellen, auf bestimmte Tatbestände beschränkten Kündigungsgründe der §§ 123, 124 RGO. würden alsdann nur noch den Charakter von Beispielen eines wichtigen Grundes haben, gleicher Weise, wie die in §§ 71, 72 HGB. für das Dienstverhältnis der Handlungsgehilfen aufgeführten Gründe.

Bei der Prüfung der zur Erörterung stehenden Frage ist auszugehen von dem Art. 32 des Einführungsgesetzes zum BGB.:

> „Die Vorschriften der Reichsgesetze bleiben in Kraft. Sie treten jedoch insoweit ausser Kraft, als sich aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch oder aus diesem Gesetze die Aufhebung ergibt.“

In dieser Gesetzesbestimmung ist das grundsätzliche Verhältnis des bürgerlichen Gesetzbuches zu den früheren Reichsgesetzen ausgesprochen. Den Gegensatz hierzu bietet die Stellungnahme des BGB. gegenüber dem Landesrechte; diesem gegenüber erscheint das Gesetz als Kodifikation: das Landesrecht ist

grundsätzlich aufgehoben (Art. 55 EG. z. BGB.). Es fragt sich aber, ob nicht die prinzipielle Stellung des BGB. zu den älteren Reichsrechten dadurch verändert ist, dass Art. 32, Satz 2 l. cit. die älteren Reichsgesetze ausser Kraft setzt, „insoweit sich aus dem BGB. die Aufhebung ergibt". Eine derartige Verschiebung der grundsätzlichen Stellung des BGB. zu den Reichsgesetzen wird von vielen Schriftstellern behauptet; sie gehen davon aus, dass die Tragweite des Satz 2 Art. 32 l. cit. durch den Satz:

„lex posterior derogat priori"

angezeigt werde[1]). Für den Fall einer Kollision gehe das neuere Recht unbedingt vor, es sei denn, dass das ältere Recht sich als lex specialis darstelle; denn der Satz:

„lex posterior derogat priori"

sei notwendig zu ergänzen durch den andern, ebenso sehr als ein Gemeingut der modernen Rechtswissenschaft aufzufassenden Satz.

„lex posterior generalis non derogat legi priori speciali."

Nur dann sei eine Abänderung des früheren Spezialgesetzes durch das spätere allgemeine Gesetz anzunehmen, wenn der Gesetzgeber seine neue Rechtsvorschrift als absolute aufgefasst habe. v. Blume: „Über das Verhältnis des § 626 des BGB. zu den §§ 123, 124, 124a der RGO." im „Verwaltungsarchiv" Bd. VII, S. 485 bemerkt hierzu, dass es „zum mindesten sehr fraglich ist, ob die Gewerbeordnung über-

---

1) Örtmann, im Archiv für öffentliches Recht Bd. 13, S. 1 fg. Endemann, Einführung in das Studium des BGB. 3 Aufl. I, S. 37. Cosack, Lehrbuch des bürgerl. Rechts. 1899, S. 33. Eck, Vorträge über das bürgerl. Gesetzbuch, S. 15.

haupt als lex specialis im Sinne jener Parömie aufzufassen ist.“

Fuld: „Die Aufhebung des Dienstvertrages nach der Gewerbeordnung und dem bürgerlichen Gesetzbuch“ in „Gruchot's Beiträgen“ Bd. 44, 592 fg.; derselbe im „Gewerbegericht“ Jahrg. 4, S. 70, gründet die Entscheidung der streitigen Frage allein auf den Charakter der Reichsgewerbeordnung als Spezialgesetz. Wie sich im Folgenden zeigen wird, ist die Heranziehung des Satzes: „lex posterior generalis — — —“ zur Auslegung des Art. 32 EG. zum BGB. unnötig und wird deshalb auf die Frage, ob die RGO. gegenüber dem BGB. lex specialis ist, nicht weiter eingegangen. Im Resultate kommt die in dieser Arbeit vertretene Ansicht mit Fuld überein.

Die Motive zum Einführungsgesetz hingegen legen das entscheidende Gewicht auf die in Satz 1 des Art. 32 EG. ausgesprochene Bestätigung der Reichsgesetze. S. 66 wird ausgeführt;

„Die — — Bestätigung der privatrechtlichen Bestimmungen der Reichsgesetze in Satz 1 hat die besondere Folge, dass das BGB. diesen Bestimmungen gegenüber sich nicht schlechthin als das jüngere Gesetz darstellt. Der Grundsatz, dass das ältere Gesetz bei einem sich ergebenden Widerspruch dem jüngeren Gesetze zu weichen hat, kann demgemäss auf das Verhältnis der Bestimmungen der Reichsgesetze zu dem BGB. nicht zur Anwendung gebracht werden. — — Jedenfalls schafft die Vorschrift eine Gleichberechtigung zwischen den bisher ergangenen Bestimmungen und den Vorschriften des BGB. mit der Wirkung, dass eine ältere Norm durch das BGB. nur dann als aufgehoben gelten kann, wenn der Aufhebungswille besonders hervor-

tritt. — — Bei Einführung der Reichsprozessgesetze hat man diesen Aufhebungswillen in Ansehung der einzelnen älteren Normen, welche beseitigt werden sollten, erklärt."

Weiter wird dann auf die Schwierigkeiten hingewiesen, die das bei den Reichsprozessgesetzen eingeschlagene Verfahren gegenüber den in den Einzelgesetzen zerstreuten zahlreichen privatrechtlichen Bestimmungen bietet und darauf abgestellt, dass „die Möglichkeit einer mittelbaren Aufhebung" offen gelassen werden müsse; diese Möglichkeit werde durch die gewählte Formulierung gegeben. Die Ausführungen schliessen damit:

„Die Hauptaufgabe ist damit der Auslegung des BGB. zugewiesen."

Die in den Motiven erklärte Absicht des Gesetzgebers ist im Gesetze mit genügender Deutlichkeit zum Ausdrucke gebracht. Auf dem Standpunkte der Motive stehen: v. Blume a. a. O. S. 484, Planck, Komm. Vorbem. zu Buch II, S. 347, Loening, Handwörterbuch der Staatswissenschaften, Bd. I, S. 985, Neukamp, „Das Verhältnis des BGB. zur RGO." im „Verwaltungsarchiv" Bd. V., S. 214.

Demgegenüber ist die Anwendung des Satzes:

„lex posterior derogat priori"

auf das Verhältnis des BGB. zu den früheren Reichsgesetzen mit dem Art. 32 EG. unvereinbar. Jene Parömie steht in unmittelbarem Gegensatze zu der grundsätzlichen Ausschliessung des Kodifikationsprinzipes gegenüber dem älteren Reichsrechte und der damit festgelegten Gleichwertigkeit der Reichsgesetze. Art. 32 setzt die älteren Reichsgesetze ausser Kraft, „insoweit sich die Aufhebung aus dem BGB. oder dem EG. ergibt". Die Fortgeltung der reichsgesetzlichen Vorschriften ist

also vorausgesetzt, und müssen besondere Gründe vorliegen, aus denen sich im Einzelfalle die Aufhebung ergibt. Dahingegen würde nach dem Satze: lex posterior — — die Aufhebung das von vorneherein gegebene Resultat sein und wäre zu prüfen, ob umgekehrt besondere Gründe etwa für die Fortgeltung vorhanden sind. Dass dies nicht der Sinn des Art. 32 EG. ist, ergibt sich aus dessen Wortlaut. Aus dem Grundsatze der Gleichwertigkeit der Reichsgesetze folgt weiter, dass der spätere Erlass des BGB. allein niemals entscheidend ist für die Aufhebung des älteren Rechtssatzes, was nach der Regel:

„lex posterior derogat priori"

in erster Linie folgen würde. Den Aufhebungswillen aus der blossen Tatsache der zeitlichen Verschiedenheit der Gesetzgebung ableiten zu wollen, hiesse dem gesetzgeberischen Willen der Gleichberechtigung der Reichsgesetze jede Bedeutung absprechen.

Der Aufhebungswillen ist ferner nicht schon dann anzunehmen, wenn sich die Vorschriften des BGB. auf dasselbe gegenständliche Gebiet beziehen, wie das ältere Reichsrecht, was wiederum jener mehr erwähnten Parömie entsprechen würde. Die gegenteilige Ansicht würdigt nicht genügend, dass der derogierenden Wirkung des Art. 32 EG. durch die ausdrückliche Aufrechterhaltung der Reichsgesetze die engsten Grenzen gezogen sind.

Als Ausnahme gegen das Prinzip werden Einzelvorschriften des älteren Reichsrechtes durch Art. 32 l. cit. aufgehoben. Die Konsequenz der gegnerischen Ansicht ist aber eine vollständige Abkehr von dem Prinzipe. Wenn die Bedeutung der Worte in Art. 32 l. cit.: „soweit sich aus dem bürgerlichen Gesetzbuch die Auf-

hebung ergibt" darin bestände, dass die älteren Reichsgesetze regelmässig dann aufgehoben seien, wenn sie denselben Gegenstand wie das neue Recht betreffen, so hätte der Gesetzgeber eben das Kodifikationsprinzip in dem Umfange zur Anwendung gebracht, wie es in § 2 des Einführungsgesetzes zum Reichsstrafgesetzbuch bezüglich des Strafrechts geschehen ist. § 2 EG. zum RStrGB. besagt:

„Mit diesem Tage tritt das Bundes- (Reichs-) und Landesstrafrecht, insoweit dasselbe Materien betrifft, welche Gegenstand des Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund (das Deutsche Reich) sind, ausser Kraft."

Indem § 2 l. cit. das Reichsstrafrecht ausdrücklich ausser Kraft setzt, soweit dasselbe Materien betrifft, welche Gegenstand des StrGB. sind, erscheint letzteres insoweit als Kodifikation des älteren Rechts [1]). Man kann aber unmöglich aus Art. 32, S. 2 EG. zum BGB. folgern, dass dadurch eine stillschweigende Aufhebung des älteren Reichsrechts statuiert sei; das verbietet sich gegenüber der im Satz 1 erfolgten ausdrücklichen Aufrechterhaltung der Reichsgesetze, bezw. dem grundsätzlichen Ausschluss des Kodifikationsprinzipes.

Der Satz „soweit sich die Aufhebung aus dem BGB. ergibt" ist dahin auszulegen, dass die Aufhebung entweder mit ausdrücklichen Worten im BGB. ausgesprochen sein muss, oder aus der Natur der neuen Bestimmung die Absicht hervorgehen muss, das ältere Reichsgesetz aufzuheben [2]). Satz 2, Art. 32 EG. stellt sich hiernach lediglich als eine Beschränkung des

---

1) Olshausen, Komm. z. StrG.B. 6. Aufl. S. 11 zu § 2.
2) „Das Gewerbegericht", Jahrg. 5, S. 103.

Prinzipes dar, mit der Tendenz, Vorschriften des älteren Rechts, welche wegen des besonderen Charakters der neuen Vorschrift nicht aufrecht zu erhalten sind, zu beseitigen. Dasselbe Verfahren ist bei den Reichsjustizgesetzen beobachtet; der Gesetzgeber zählt die Normen, welche beseitigt werden sollen, nicht wie dort, auf, weil er befürchtet, dass die Aufzählung nicht in der erforderlichen Vollständigkeit gelingen würde (Motive zum EG. S. 68). Der Aufhebungswille ist nach alledem, wie auch die Motive zutreffend bemerken, im Einzelfalle auf dem Wege der Auslegung zu ermitteln. Die Aufhebung ergibt sich aus dem gesetzgeberischen Zwecke wie aus der Natur der Rechtsvorschrift und wird immer dann anzunehmen sein, wenn die Vorschriften des neuen Rechtes exklusiven Charakter haben [1]).

Es ist hiernach zu prüfen, ob sich die Aufhebung der gewerberechtlichen Bestimmungen über das ausserordentliche Kündigungsrecht der Dienstverträge etwa aus der besonderen Natur des § 626 BGB. ergibt. Mit der Mehrzahl der Schriftsteller [2]) verneine ich diese Frage, aber mit einer Einschränkung, wovon am Schlusse dieses Abschnittes die Rede sein wird.

Die Bestimmungen der Gewerbeordnung basieren auf demselben Prinzipe wie der § 626 BGB.; es besteht lediglich eine Verschiedenheit in der Ausführung des den beiden Gesetzen zu Grunde liegenden Gedankens.

---

1) Staub, Komm. z. HGB., 6. Aufl., S. 4.

2) Neukamp a. a. O. S. 228. Lotmar a. a. O. S. 545. Frankenberg, Stellung des deutschen Arbeiters zum BGB. S. 34 fg. Landmann, Komm. z. RGO. zu § 123, Anm. 2. Fuld in Gruchot's Beiträgen 44, S. 599. Nelken, Handwerker- und Arbeiterschutzgesetze, zu RGO. § 124a Nr. 1. Cuno, in „Das Gewerbegericht" Jahrg. 5, S. 82.

Besonders hinzuweisen ist auf die Ausführungen von v. Blume a. a. O. S. 487. v. Blume weist hier nach, dass eine Kollision zwischen den angezogenen Vorschriften nicht stattfindet, weder eine Übereinstimmungskollision noch eine Widerspruchskollision. Seiner Ansicht, dass § 626 BGB. Anwendung findet, nicht unter Aufhebung, sondern in Ergänzung des § 124a RGO. ist indes nicht beizupflichten; damit würde die zeitliche Voraussetzung des § 124a für bedeutungslos erklärt, indem auf alle Verträge, die diese Voraussetzung nicht erfüllen, § 626 ergänzend zur Anwendung käme. Im Resultat wäre also die unbefristete Kündigung aus „wichtigen Gründen" (anderen, als den in §§ 123, 124 RGO. aufgeführten) für alle gewerblichen Arbeitsverträge gegeben. Im übrigen ist auf die Ausführungen über den zwingenden Charakter des § 626 zu verweisen. Dort ist gezeigt, dass die fristlose Kündigung nur in dem Sinne absolutes Recht ist, dass dieselbe nicht gänzlich durch Parteidisposition ausgeschlossen werden darf, dass § 626 aber wohl eine Einengung verträgt, d. h. in gewissem Sinne nachgiebig ist. Eine nähere Betrachtung der in §§ 123, 124 RGO. aufgezählten Gründe zeigt, dass dort gebührende Rücksicht auf alle Verhältnisse der Beteiligten genommen ist; vermissen wird man höchstens die Berücksichtigung von in der Person eines Beteiligten selbst liegenden Umständen, die diesen zur fristlosen Kündigung berechtigen können. Bei Verträgen mit so kurzer Kündigungsfrist wie in den §§ 123, 124 vorausgesetzten wird die Dringlichkeit der sofortigen Beendigung des Verhältnisses regelmässig verneint werden müssen, da die ordentliche Kündigung (vierzehn Tage, § 122) den Interessen der Parteien auskömmlich dient. Auch unter der Herrschaft des

§ 626 BGB. wäre es möglich, durch Vertrag das gleiche Verhältnis herzustellen.

Dabei sind die Vorteile nicht zu unterschätzen, die in dieser Regelung für den Dienstpflichtigen liegen, insofern er Anspruch hat auf Einhaltung der Kündigungsfrist, selbst wenn der Dienstberechtigte unter anderen Umständen aus in seiner Person eingetretenen Gründen den Vertrag sofort auflösen könnte.

Die Motive zum BGB. (Bd. II, S. 455) setzen denn auch die fortdauernde Geltung der bezüglichen Vorschriften der RGO. als unzweifelhaft voraus. Ferner herrschte in den Verhandlungen des Reichstages[1]) über die Novelle zur Gewerbeordnung allseitige Übereinstimmung darüber, dass § 626 BGB. auf gewerbliche Arbeitsverhältnisse nicht Anwendung finde. Die Reichstagskommission hatte beschlossen, in § 124a RGO. die Bedingung einer gewissen Länge der vertragsmässigen Zeit für die unbefristete Kündigung aus wichtigem Grunde zu streichen, weil diese Bedingung gegenüber § 626 BGB. nicht aufrecht erhalten werden könnte. Im Plenum wurde dieser Beschluss vom Antragsteller selbst als auf irrigen Voraussetzungen beruhend angegriffen. Von seiten des Bundesrats wurde die Erklärung abgegeben, dass das Reichsamt des Innern mit dem Reichsjustizamt im Einverständnis sei, dass § 626 BGB. die §§ 123—124a RGO. nicht geändert habe. Der Kommissionsbeschluss wurde alsdann einstimmig aufgehoben.

Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich: Aus dem Umstande allein, dass das vom Grunde abhängige fristlose Kündigungsrecht in § 626 BGB. allgemein durch Aufstellung des darin enthaltenen Prin-

1) 108. Sitzung vom 24. Novbr. und 110. Sitzung vom 27. Novbr. 1898.

zipes geregelt ist, ist noch nicht die Aufhebung der den gleichen Gegenstand betreffenden detaillierten Vorschriften der Reichsgewerbeordnung zu entnehmen. § 626 BGB. lässt auch nicht die Absicht des Gesetzgebers erkennen, die entsprechenden Normen der RGO. aufzuheben. Letzteres könnte deshalb in Frage kommen, weil nach der Gewerbeordnung § 124a das fristlose Kündigungsrecht nur bei Verträgen von längerer Dauer generell aus „wichtigen Gründen“ gegeben ist, während bei Verträgen mit kurzer Kündigungsfrist (von vierzehn Tagen § 122 RGO.) die vorzeitige Auflösung des Vertrages nur aus den in §§ 123, 124 speziell aufgeführten Gründen statthaft ist. Es ist indessen auch unter der Herrschaft des § 626 BGB. möglich, in Ansehung bestimmt zu bezeichnender Gründe, deren konkrete Wichtigkeit im Sinne des § 626 nicht zu bezweifeln ist, zu vereinbaren, dass bei deren Eintreten der Vertrag nicht sofort aufgelöst werden kann, sondern noch eine kurze, hinter der ordentlichen Kündigungsfrist zurückbleibende Zeit auszuhalten ist, vorausgesetzt, dass nach der Beschaffenheit des einzelnen Grundes eine derartige Vereinbarung nicht gegen die guten Sitten verstösst. Insoweit, aber auch nur insoweit beansprucht der § 626 BGB. absolute Geltung, und würde deshalb § 626 gegebenenfalls auch auf einen den gewerberechtlichen Bestimmungen unterliegenden Dienstvertrag von kürzerer Dauer als den in § 124a RGO. vorausgesetzten, Anwendung finden. Praktisch wird diese Frage, wie eine Betrachtung der in §§ 123, 124 berücksichtigten Gründe zeigt, von sehr geringer Bedeutung sein. In dem vorbezeichneten Sinne aber ist unbedenklich mit v. Blume (Verwaltungsarchiv Bd. VII) eine Ergänzung des § 124a RGO. durch § 626 BGB. anzunehmen.

Die Berechtigung zur fristlosen Kündigung.

Kündigung auf Grund des § 626 BGB.

Im allgemeinen.

§ 4.

Nachdem im bisherigen die allgemeinen Erfordernisse für die Wirksamkeit der Kündigungserklärung mit Rücksicht auf deren rechtsgeschäftliche Natur dargestellt sind, ist nunmehr die Berechtigung zur fristlosen Kündigung, als Voraussetzung der Wirksamkeit derselben, zu prüfen. Unter den einzelnen Fällen, in denen die Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gesetzlich zulässig ist, bietet die Kündigung aus „wichtigen Gründen“ nach § 626 BGB. theoretisch wie praktisch das meiste Interesse dar. Dieser Fall soll zunächst besprochen werden. Für die Erkenntnis und Entfaltung des Sinnes des § 626 ist vor allem die bisherige Rechtsentwicklung zu berücksichtigen.

Die gemeinrechtliche Doktrin und Praxis entwickelte das Recht der Beteiligten, sich unter besonderen Umständen von dem Vertrage für die Zukunft loszusagen, aus l. 22. Cod. de loc. et cond. 4. 65:

„si hi contra quos supplicas, facta locatione certi temporis, suas tibi locaverint operas, quatenus bona fides patitur causa cognita, competens iudex conventionem servari iubebit.“

Aus der Verpflichtung der Parteien, beim Dienstvertrage die bona fides zu wahren, wurde also das fragliche Recht abgeleitet; die sofortige Beendigung des Vertragsverhältnisses ist zulässig, wenn vom Standpunkte der Billigkeit eine längere Fortsetzung des-

selben von dem anderen Teile nicht verlangt werden kann[1]).

Dasselbe sagt Windscheid[2]):

„Rücktritt vom Dienstvertrage ist gestattet, sobald dem einen Kontrahenten die Aushaltung des Kontrakts von dem anderen Teile in billiger Berücksichtigung der Umstände nicht zugemutet werden kann."

Ausführlicher äussert sich die Entscheidung des Reichsgerichts vom 25. Juni 1889 (Bd. 23, No. 35):

„Das Berufungsgericht hebt bei der weiteren Begründung seiner Entscheidung nicht nur hervor, dass es der bona fides widersprechen würde, wenn, obwohl ein gedeihliches Wirken zur Erreichung des Vertragszweckes nicht mehr erwartet werden könne, insbesondere weil das Vertrauen des einen Kontrahenten in das Wollen und Können des anderen, aus anzuerkennenden Gründen erschüttert sei, der Vertrag ausgehalten werden müsse, sondern geht auch davon aus, dass es zwar, um den einseitigen vorzeitigen Rücktritt des einen Kontrahenten vom Vertrage gerechtfertigt zu halten, nicht der Feststellung einer bestimmten Anzahl von dolosen oder kulposen Handlungen desjenigen Kontrahenten, welchem gegenüber der Rücktritt vom Vertrage verlangt werde, bedürfe, dass es vielmehr genüge, wenn die persönlichen Verhältnisse, Eigenschaften und Handlungen dieses Kontrahenten in ihrer Gesamtheit sich so gestaltet haben, dass vom Stand-

---

1) Entscheidg. des Reichsger. vom 28. Oktbr. 1881 in Seuff. Arch. 37. Nr. 109. Oberhofgericht Mannheim in Seuff. Archiv 22, Nr. 232. Reichsger.-Entsch. vom 12. Febr. 1892 in: Juristische Wochenschrift Jahrg. 1893, S. 83.

2) Windscheid, Pandekten, VII. Aufl. § 402, Note. 10a.

punkte der Billigkeit aus dem anderen Kontrahenten eine längere Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht zugemutet werden könne."

Der Umstand, dass der Dienstberechtigte die Dienste nicht annimmt oder nicht annehmen kann, befreit ihn nicht von der Verpflichtung zur Gegenleistung; der Dienstpflichtige kann die Aushaltung des Vertrages verlangen, wenn es nicht an ihm liegt, dass er die bedungenen Dienste nicht leistet: l. 38. D. locati conducti. 19. 2:

„Qui operas suas locavit, totius temporis mercedem accipere debet, si per eum non stetit quominus operas praestet."

Insofern trägt der Dienstberechtigte die Gefahr, und kommt deshalb der in der zuletzt zitierten Entscheidung des Reichsgerichts hervorgehobene Gesichtspunkt der Erreichung des Vertragzweckes nicht in Betracht.

Die neueren Partikularrechte[1]) und Gesetzentwürfe erkennen das einseitige Rücktrittsrecht vom Dienstvertrage gleichfalls als der Natur des Verhältnisses entsprechend an; auf Einzelheiten kommen wir im Verlaufe der Darstellung zurück.

Unmittelbar dient der Interpretation des § 626 BGB. diejenige Regelung, welche das Institut der fristlosen Kündigung im Handelsgesetzbuch und in der Reichsgewerbeordnung bei den dort behandelten Dienstverträgen gefunden hat. Nach allgemeinen Regeln sind anderweite Äusserungen des Gesetzgebers über die Gesetzesmaterie Mittel der Auslegung; jene Gesetze

1) Sächsisches Gesetzbuch §§ 1241, 1242, 1233 verb. mit 1192, 865. Preuss. Allg. Landrecht I. 5. §§ 377 fg. I. 11, § 878. Bayrischer Entwurf Art. 501—503. Dresdener Entwurf, Art. 630, 631, 621.

fliessen aber aus derselben Rechtsquelle und geben, da sie durch Anführung von Beispielen (vgl. §§ 71, 72 HGB. §§ 123, 124, 133c, 133d RGO.) das von ihnen angenommene Prinzip erläutern, das wertvollste Material für die Erkenntnis der Grundlagen des Prinzipes ab.

Beiläufig erwähnt auch das bürgerliche Gesetzbuch solche Gründe, bei deren Vorliegen sich die Parteien einseitig von dem Vertrage freimachen können. In § 628 wird mit Bezug auf die fristlose Kündigung gesagt: „veranlasst er (sc. der Dienstverpflichtete) durch sein vertragswidriges Verhalten die Kündigung des anderen Teiles", wodurch wohl unzweideutig ausgedrückt ist, dass die fristlose Kündigung an dem vertragswidrigen Verhalten des Dienstverpflichteten im Sinne des Gesetzes einen „wichtigen Grund" hat. Ferner ist in § 617, Abs. 1, S. 4:

> „wird das Dienstverhältnis wegen Erkrankung von dem Dienstberechtigten nach § 626 gekündigt, so bleibt die dadurch herbeigeführte Beendigung des Dienstverhältnisses ausser Betracht",

die Erkrankung des Dienstverpflichteten als „wichtiger Grund" für die sofortige Kündigung des Dienstberechtigten deklariert. Aus diesem letzten von dem BGB. angeführten Beispiele ergibt sich schon, dass der wichtige Grund nicht von dem Teile, gegen den sich die Kündigung richtet, verschuldet zu sein braucht; wir werden weiter unten sehen, dass der wichtige Grund überhaupt nicht in der Person des anderen Teiles liegen muss, dass daher auch aus solchen wichtigen Gründen sofort gekündigt werden kann, die sich in der Person des Kündigenden ereignen. Den Umfang des Prinzipes deuten die Motive zu § 566 des Entwurfs (§ 626 BGB.) Bd. II, S. 468 folgendermassen an:

„Für die Dienstverträge sind besondere Vorschriften nötig, welche in Abweichung von den für die Verträge geltenden allgemeinen Grundsätzen (§§ 360, 361, 369)[1]) beiden Teilen das Recht verleihen, noch vor Ablauf der Dienstzeit von dem Vertrage unter gewissen Voraussetzungen für die Zukunft sich loszusagen. Ein solches Recht muss ihnen zustehen nicht allein in dem Falle, wenn der andere Teil seine Vertragspflichten verletzt oder nur mangelhaft erfüllt, sondern auch, wenn ohne solche Pflichtversäumnis eine wesentliche Änderung der bei Eingehung des Vertrages mutmasslich gewürdigten Umstände eintritt.“

Anwendungsfälle des wichtigen Grundes.

Kündigung aus in der Person des Vertragsgenossen liegenden Gründen.

Die persönlichen Beziehungen der Parteien.

§ 5.

Der in Gestalt des fristlosen Kündigungsrechtes den Parteien gewährte Rechtsschutz richtet sich in erster Linie gegen die Verletzung der Vertragspflichten seitens des anderen Vertragsteiles. Die allgemeinen Vorschriften für gegenseitige Verträge würden den durch die Natur des Dienstverhältnisses gegebenen besonderen Interessen der Parteien nur unvollkommenen Schutz bieten, denn jene Vorschriften sind, was insbesondere die Nichterfüllung, den Einfluss der Unmög-

1) § 360 des Entwurfs handelt vom Rücktritt vom Vertrage wegen Nichterfüllung bezw. wegen veränderter Umstände. § 361 handelt vom Fixgeschäft. § 369 handelt über die Rechte des Gläubigers bei vom Schuldner verschuldeter Unmöglichkeit.

lichkeit der Leistung wie die Verzugsfolgen anbetrifft, vom Gesichtspunkte der Sachleistung betrachtet. Indem die Parteien anderseits durch ein auf Dauer berechnetes Dienstverhältnis in persönliche Beziehungen gebracht werden, ergibt sich für dieselben die Pflicht, sich solcher Handlungen zu enthalten, die eine Störung dieses persönlichen Verhältnisses zur Folge haben müssten. Auch gegen die Verletzung dieser durch den Dienstvertrag begründeten Pflichten gewährt § 626 BGB. einen durch die Natur des Verhältnisses gebotenen besonderen Schutz. Als eine Störung des persönlichen Verhältnisses ist es zu betrachten, wenn sich eine Partei Ehrverletzungen oder Tätlichkeiten gegen die andere zuschulden kommen lässt. Im gewöhnlichen Leben meidet man die Berührung mit einer Person, die unsere Persönlichkeit in derartiger Weise verletzt hat. Es würde das Anstandsgefühl verletzen, wollte man dem Vertragsgenossen unter solchen Umständen die Fortsetzung des Dienstverhältnisses zumuten. In den §§ 71, 72 HGB. wird denn auch beiden Teilen das fristlose Kündigungsrecht gegeben, wenn sie sich „Tätlichkeiten oder erhebliche Ehrverletzungen“ zuschulden kommen lassen. Die Gewerbeordnung erwähnt in §§ 123, 124 gleichfalls: „Tätlichkeiten oder grobe Beleidigungen“. Das Kriterium des HGB. bezw. der RGO., dass die Beleidigungen, um zur Auflösung des Vertragsverhältnisses zu führen, erhebliche oder grobe sein müssen, erscheint uns zu eng und zu weit. Es lassen sich objektiv sehr erhebliche Beleidigungen denken, die im Zustande äussersten Affektes erfolgen, aber nach den konkreten Umständen einen störenden Einfluss auf das bisher ungetrübte Verhältnis nicht ausüben. Anderseits lässt es sich denken, dass Ehrverletzungen auch ohne jenes Krite-

rium nach den Umständen, unter denen sie stattfinden, und nach der Absicht des Gegners einen gänzlichen Mangel der pflichtschuldigen Rücksichtnahme beweisen, z. B. es handelt sich nicht um eine in beleidigender Form erfolgte Zurechtweisung im Interesse des Dienstes, der Gegner will vielmehr absichtlich seine Missachtung ausdrücken. Das entscheidende Moment ist, dass solche Handlungen von der Art sein müssen, dass dem Verletzten nach den konkreten Umständen eine Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht zugemutet werden kann.

Dasselbe gilt von Tätlichkeiten. Durch die Umstände des Falles können indes auch solche entschuldbar sein, z. B. wenn der Dienstpflichtige herausfordernd sich benommen hat. Auch die Annahme einer Kompensation ist im Einzelfalle nicht ausgeschlossen[1]). Dass frühere Verletzungen der Persönlichkeit ungerügt geblieben sind, schliesst die Berufung auf später erfolgende als wichtigen Grund nicht aus[2]). Die Zumutung strafbarer oder unsittlicher Handlungen begründet gleichfalls, wie keiner näheren Ausführung bedarf, das fristlose Kündigungsrecht, und wird von den meisten Gesetzen als „wichtiger Grund" besonders aufgezählt.

Die vertraglichen Leistungen.

§ 6.

Bezüglich der den Parteien obliegenden Leistungspflichten ist im Folgenden zunächst die schuldhafte Pflichtversäumnis ins Auge gefasst, so dass die sofortige

---

1) Staub, Komm. zu HGB. § 71, Anm. 5.

2) ROHG. Bd. 17, S. 221. Reichsger. Entsch. vom 26. März 1890 in Gruchot's Beiträgen Bd. 36, S. 1159.

Aufkündigung gegebenenfalls als durch das vertragswidrige Verhalten des andern Teiles veranlasst erscheint, § 628 Abs. 2 BGB. Durch den Dienstvertrag wird seinem wesentlichen Inhalte nach die Verpflichtung zur Leistung der versprochenen Dienste auf der einen, und die Verpflichtung zur Gewährung der vereinbarten Vergütung auf der andern Seite begründet. § 611 BGB. Die Nichtgewährung der fälligen Vergütung befugt den Dienstverpflichteten regelmässig zur sofortigen Kündigung[1]; der Dienstberechtigte kann ihm nicht zumuten, seine Dienste fernerhin zu leisten, wenn die Realisierung der fälligen wie der noch verfallenden Vergütung unsicher ist. In § 1242 Sächs. BGB. ist vorausgesetzt, und dies ist auch für das BGB. anzunehmen, dass die fällige Gegenleistung Mahnens ungeachtet nicht entrichtet wird. Der Dienstnehmer muss, bevor er vom Vertrage abgeht, eine Aufforderung zur Zahlung an den Gegner richten; es wäre absurd, ihm das fragliche Recht z. B. schon bei blosser Vergesslichkeit des Dienstberechtigten zuzuerkennen. Zu weit geht m. E. Staub[2]), der eine wirkliche Verweigerung für erforderlich hält. Freilich begründet nicht jede Nichtgewährung das fragliche Recht; es ist vielmehr den Ursachen derselben Rechnung zu tragen. Bestreitet der Dienstberechtigte die Höhe der geforderten Vergütung, z. B. bei Arbeitsversäumnis, oder behält er einen Teil der Vergütung wegen eines ihm von dem Verpflichteten zugefügten Schadens ein, so kann er mit Recht vorherige richterliche Entscheidung über den Streit-

1) Sächsisches Bürgerl. Gesetzbuch § 1242. HGB. § 71, Nr. 2. RGO. §§ 124 Nr. 4, 133d, Nr. 2. Siméon, Recht und Rechtsgang im deutschen Reich Bd. I, S. 425 zu § 626 BGB.

2) Staub, Komm. zum HGB. § 71, Anm. 2.

punkt verlangen[1]). Den vertraglichen Verpflichtungen handelt der Dienstberechtigte auch zuwider, wenn er die ihm in § 618 BGB. für den Schutz der in seinem Dienste befindlichen Personen auferlegten Pflichten nicht erfüllt. Nach § 618 Abs. 1 hat der Dienstberechtigte „Räume, Vorrichtungen, oder Gerätschaften, die er zur Verrichtung der Dienste zu beschaffen hat, so einzurichten und zu unterhalten und Dienstleistungen, die unter seiner Anordnung oder seiner Leitung vorzunehmen sind, so zu regeln, dass der Verpflichtete gegen Gefahr für Leben und Gesundheit soweit geschützt ist, als die Natur der Dienstleistung es gestattet.“ Nach Abs. 3. § 618 finden, wenn der Dienstberechtigte die ihm in Ansehung des Lebens und der Gesundheit des Verpflichteten obliegenden Verpflichtungen nicht erfüllt, auf seine Verpflichtungen zum Schadensersatze die für unerlaubte Handlungen geltenden Vorschriften der §§ 842—846 entsprechende Anwendung. Hiermit ist aber nicht gesagt, dass die Zuwiderhandlungen nur Schadensersatzpflicht im Gefolge haben, dass dem Dienstberechtigten nur eine Haftung für vorkommende Unfälle auferlegt ist. Für das Handelsrecht ist es im § 71 Nr. 3 HGB. ausdrücklich als ein wichtiger, die sofortige Kündigung rechtfertigender Grund bezeichnet, wenn der Prinzipal den ihm nach § 62 HGB. — der mutatis mutandis mit § 618 BGB. völlig übereinstimmt — obliegenden Verpflichtungen nachzukommen sich weigert. Es kann nicht zweifelhaft sein, dass die Nichtbefolgung der Vorschriften des § 618 auch im Sinne des § 626 BGB.

1) Vgl. Entscheidung des Reichsgerichts vom 12. Dezbr. 1892 in der Jurist. Wochenschrift Jahrg. 1893, S 83, die das Rücktrittsrecht wegen eines infolge Arbeitsversäumnisses vorgenommenen Lohnabzuges verneint.

einen wichtigen Grund abgibt; die Dienstverhältnisse der Handlungsgehülfen bieten in dieser Beziehung keine Besonderheit dar. Auch nach Dernburg[1]) „wird die Verletzung der Fürsorgepflichten meist einen wichtigen Grund bilden, um dem Dienstpflichtigen die fristlose Kündigung nach § 626 zu ermöglichen."

Die Warnung, die Dernburg (S. 393 Anm. 3) gleichzeitig ausspricht, ist freilich für den Richter sehr beachtenswert:

„Die Gerichte werden jedoch gut tun, dem Missbrauche dieser Bestimmungen insbesondere chikanösen Prozessen beutelschneiderischer Diener und hysterischer Frauenzungen, vor allem durch Versagung des Armenrechts, tunlichst entgegenzutreten."

Die Fürsorgeverpflichtungen des § 618 entstehen aus dem Dienstvertrage, sie knüpfen sich kraft positiver Vorschrift an die Eingehung des Vertrages; ihre Nichterfüllung ist daher ein „vertragswidriges Verhalten". Ein solches Verhalten ist nicht bloss dann gegeben, wenn die Partei eine vertraglich übernommene Pflicht verletzt, sondern auch dann, wenn eine Pflicht verletzt wird, die das Gesetz für den bestimmten Vertrag den Parteien auferlegt. Wenn nach § 618 Abs. 3 auf die Schadensersatzpflicht des Dienstberechtigten die zwar auf ausserkontraktliche unerlaubte Handlungen sich beziehenden §§ 842—846 BGB. Anwendung finden, so ist damit gesagt, dass diese Vorschriften für die Art der Schadensvergütung massgebend sein sollen[2]). Auch Planck[3]) rechnet die dem

---

1) Dernburg a. a. O. II, § 306, III, Nr. 2, S. 394. Ebenso Lotmar a. a. O. S. 665.

2) Staub a. a. O. zu § 62, Anm. 9, S. 257.

3) Planck a. a. O. zu § 618 Nr. 2. Ebenso Kohler im

Dienstberechtigten nach § 618 obliegenden Verpflichtungen zu den vertragsmässigen Leistungen. Der Inhalt der Leistung ist die Einrichtungs- und Unterhaltspflicht der Räume u. s. w., die der Dienstberechtigte zur Verrichtung der Dienste zu beschaffen hat. Ebenso die Motive (Bd. II S. 460):

„Ausser der Verpflichtung des Dienstberechtigten zur Entrichtung der vertragsmässigen Vergütung können aus dem Dienstvertrage für denselben unter Umständen auch noch andere Verpflichtungen entstehen. Insbesondere ist anzunehmen, dass der Dienstberechtigte im Falle der Lieferung ungeeigneter Werkzeuge oder der Versäumung der erforderlichen Schutzvorrichtungen dem Dienstverpflichteten für den daraus entstehenden Schaden auch auf Grund seiner vertragsmässigen Pflichten verantwortlich ist.“ Gegebenenfalls wird hiernach die Kündigung des Dienstverpflichteten durch das vertragswidrige Verhalten des Gegners veranlasst, und treten die besonderen Rechtsfolgen ein, die im § 628 Abs. 2 BGB. an eine solche Kündigung geknüpft sind.

Zur Annahme der bedungenen Dienste ist der Dienstherr nicht verpflichtet, „auch dann nicht, wenn der Dienstpflichtige an deren Leistungen ein Interesse hat“ [1]). Letzterenfalls wird aber unter Umständen dem Dienstpflichtigen das Recht der fristlosen Kündigung wohl nicht zu versagen sein. Teilt z. B. der Theaterdirektor einer im ersten Engagement stehenden Sängerin infolge persönlichen Zerwürfnisses keine Rollen zu, ohne dass das Interesse der Bühne für dieses Verhalten irgendwie massgebend ist, so wird man wegen

---

Archiv für Zivil. Praxis 84, S. 22. Lotmar a. a. O. S. 240 fg. 664. Burchardt, Die Rechtsverhältnisse der gewerblichen Arbeiter S. 40 fg. Vgl. auch: Reichsger.-Entsch. 21, S. 170.

1) Dernburg a. a. O. § 307, S. 396.

des Interesses der Künstlerin, die durch ihr Auftreten sich der Kunstwelt bekannt zu machen hoffte, annehmen können, dass ihr die Aushaltung des Vertrages nicht zuzumuten ist; dies jedenfalls dann, wenn ihr Gelegenheit zu anderweitem Auftreten geboten ist, und das Festhalten am Vertrage seitens des Berechtigten lediglich als Chikane erscheint[1]). Da im übrigen der Dienstpflichtige durch die Nichtannahme seiner Dienste den Anspruch auf die vertragsmässige Vergütung nicht verliert, so wird nur in den seltensten Fällen die Nichtannahme als „wichtiger Grund" im Sinne des § 626 charakterisiert werden können. Nach § 611 BGB. wird derjenige, welcher Dienste zusagt, zur Leistung der versprochenen Dienste verpflichtet. Von welcher Beschaffenheit eine Pflichtversäumnis sein muss, um die sofortige einseitige Auflösung des Verhältnisses zu rechtfertigen, lässt sich mit Rücksicht auf die Verschiedenheit in der Art der Dienstverträge allgemein nicht bestimmen. „Gegenstand des Dienstvertrages können Dienste jeder Art sein" § 611 Abs. 2 BGB. Mit der römischen Begrenzung auf operae illiberales ist im BGB. endgültig gebrochen. Für den Dienstvertrag des BGB. ist es einerlei, welche ökonomische oder soziale Stellung die Parteien einnehmen, ob ihre Tätigkeit mechanischer oder geistiger Art ist, ob diese als niedere, rein materiellen, oder als höhere, geistigen Leistungen gewidmet wird. In §§ 622, 627 BGB. wird zwar beruflich bestimmter Personen gedacht und werden „Dienste höherer Art" ausgezeichnet; indes kommt diese Besonderheit nur für die Aufhebung des Dienstverhältnisses in Betracht. In demselben Masse wie die Art und Weise der Dienstleistung verschieden

1) Rosenstock, BGB. und Theaterrecht. S. 28.

ist, wird sich aber eine Verschiedenheit in der Beurteilung der Pflichten und ihrer Versäumnisse von selbst ergeben.

Andere Anforderungen stellt Parteiwille und Verkehrssitte an Dienste höherer Art und an Dienste niederer Art. Das Charakteristikum dieser Unterscheidung sieht Hachenburg[1]) zutreffend in der Selbständigkeit oder Abhängigkeit des Dienstverpflichteten von dem Willen des Berechtigten. Vielfach wird bei Dienstleistungen höherer Art der Wille des Berechtigten sich dem des Verpflichteten sogar unterordnen, während bei Diensten niederer Art durchweg der Wille des Berechtigten dominiert. Dessen Anweisung hat sich der Verpflichtete zu fügen; beharrliche Weigerung, den Anweisungen des Berechtigten zu folgen, wie grundlose Weigerung der Arbeit überhaupt gibt einen wichtigen Grund zur Lösung des Vertragsverhältnisses ab. Dasselbe gilt von der fortgesetzt mangelhaften Ausführung der Dienstleistungen. In Ermangelung von Weisungen des Dienstberechtigten sind die Dienste in einer dem Gegenstande und dem Zwecke der Dienstleistung entsprechenden Weise auszuführen[2]), immer unter Berücksichtigung des in § 242 BGB. für Schuldverhältnisse allgemein aufgestellten Prinzipes. Über dieses die schuldnerische Leistung beherrschende Prinzip hinausgehend, verlangt Dernburg[3]) als dem deutschen Dienstrechte entsprechend „persönliche Treue“ des Dienstverpflichteten. Diese Forderung erscheint uns auch praktischer Konsequenzen nicht zu entbehren; insofern jedenfalls, als der Dienstschuld-

1) Hachenburg, Dienstvertrag und Werkvertrag S. 49.
2) Vgl. Dresdener Entwurf Art. 622.
3) Dernburg, a. a. O. § 306 II, S. 393.

ner alles vermeiden muss, was rückwirkend die wirtschaftlichen Interessen des Dienstherrn schädlich zu beeinflussen geeignet ist. Der Dienstverpflichtete darf z. B. nicht diejenigen Kentnisse, welche er gelegentlich der Dienstverrichtung über die persönlichen oder wirtschaftlichen Verhältnisse des Dienstgläubigers erlangt, zum Schaden des letzteren missbrauchen. Für handelsrechtliche Dienstverhältnisse nimmt ein Erkenntnis des Oberlandesgerichts Kassel[1]) als groben Vertrauensbruch an die Verbreitung ungünstiger Nachrichten über die Geschäftsverhältnisse des Prinzipals, selbst wenn sie wahr sind. Neben den eigentlichen Leistungspflichten hat der Dienstschuldner die Treuepflicht als eine aus der Natur des Dienstvertrages sich ergebende Plicht zu prästieren; Untreue, Vertrauensmissbrauch kennzeichnen sich deshalb als „vertragswidriges Verhalten". Die Selbständigkeit des Verpflichteten bei Dienstleistungen höherer Art bedingt ein grösseres Mass der Verantwortlichkeit; der Berechtigte muss sich hinsichtlich der Erreichung des Vertragszweckes auf den Dienstschuldner verlassen können. Deswegen ist hier für die Berechtigung des Dienstgläubigers, vom Vertrage vorzeitig abzugehen, die Erschütterung des Vertrauens das wesentliche[2]).

An dieser Stelle ist auch des Falles zu gedenken, dass der Dienstpflichtige falsche oder verfälschte Zeugnisse vorlegt, oder dass er Kenntnisse und Fähigkeiten zusichert, deren er ermangelt. In § 123 Nr. 1 der Gewerbeordnung wird dem Arbeitgeber, der durch Vorzeigung falscher oder verfälschter Arbeitsbücher

1) Goldschmidt's Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht 42, S. 517.

2) Vgl. die oben S. 35, 36 mitgeteilte Entsch. d. Reichsger. vom 25. Juni 1889.

oder Zeugnisse hintergangen ist, das Recht der sofortigen Entlassung gegeben. Der innere Grund der Vorschrift des § 626 BGB., dass der Dienstherr ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen kann, wenn ihm die Aushaltung des Vertrages nicht zugemutet werden kann, muss zu der gleichen Entscheidung führen. Es kann dem Dienstberechtigten nicht zugemutet werden, jemanden in seinen Diensten zu behalten, dessen Unredlichkeit er einmal erkannt hat. Anderseits ist es unbedenklich, die mangelnde, aber garantierte Fähigkeit zur Verrichtung der vertragsmässigen Dienstleistungen im Sinne des § 626 BGB. der schuldhaften Nichterfüllung gleichzustellen. Siméon a. a. O. S. 425 bemerkt hierzu:

„Der Dienstherr kann den Angestellten entlassen, wenn dieser wegen mangelnder Sachkunde zu den übernommenen Dienstverrichtungen untauglich ist."

Unrichtig wäre es, solchenfalls von einer Anfechtung des Vertrages wegen Irrtums zu sprechen. Denn der Dienstherr fordert gestützt auf den Vertrag Gewährung der zugesicherten Eigenschaft und macht eventuell diejenigen Rechte geltend, welche dem Gläubiger wegen verschuldeter Nichterfüllung erwachsen [1]). Wenn jemand sich für Dienste anbietet und annehmen lässt, zu deren Leistung er nicht fähig ist, so ist davon auszugehen, dass er die erforderlichen Fähigkeiten jedenfalls stillschweigend garantiert hat. Auch die Motive schliessen die Anfechtung [2]) in solchen Fällen aus. S. 458 wird ausgeführt:

„Die Quellen des römischen Rechts heben besonders hervor, dass es dem Dienstverpflichteten als

1) Burchardt a. a. O. S. 60.

2) In Betracht kommen würde § 119 Abs. 2 BGB.: „Irrtum in verkehrswesentlichen Eigenschaften über die Person."

culpa zuzurechnen ist, wenn ihm diejenigen Kenntnisse und Fähigkeiten fehlen, zu welchen er sich ausdrücklich oder stillschweigend bekannt hat. Es muss in diesen Fällen angenommen werden, dass der Dienstverpflichtete die erforderliche Sachkunde zugesichert oder garantiert hat."

Soweit nach dem besonderen Tatbestande oder der Parteibehauptung eine Anfechtung wegen Irrtums zu erfolgen hätte, ist natürlich für die fristlose Kündigung kein Raum. Denn diese setzt einen giltigen Vertrag voraus; die Anfechtung dagegen beruht auf einem Mangel in der Eingehung des Rechtsgeschäftes, ein giltiger Vertrag ist hier gar nicht zustande gekommen. Macht eine Partei von dem ihr zustehenden Anfechtungsrechte Gebrauch, so ist die Folge, dass der Vertrag als von Anfang an nichtig erscheint (§ 142, Abs. 1 BGB.). Dasselbe gilt von einer Täuschung, sofern durch dieselbe die Vertragsschliessung veranlasst ist.

Gegenüber der Pflichtversäumnis bei Leistung der Dienste ist das fristlose Kündigungsrecht für den Dienstherrn das wirksamste Mittel zur Wahrung seiner Interessen. Die Klage auf Fortleistung der Dienste und Schadensersatz bei Verzug des Verpflichteten gewährt dem Dienstberechtigten keinen genügenden Rechtsschutz; nach § 888, Abs. 2 CPO. findet im Falle der Verurteilung zur Leistung von Diensten aus einem Dienstvertrage ein gerichtlicher Zwang, durch welchen der Urteilsschuldner zur Fortleistung der Dienste durch Geldstrafen oder Haft angehalten werden könnte, nicht statt. Im Falle der mangelhaften Erfüllung hat der Dienstberechtigte auch das Recht, seine Gegenleistung entsprechend zu mindern und gegebenenfalls Schadensersatz zu verlangen. In den seltensten Fällen indes wird wegen der Vermögenslage des Dienstschuldners

der Schadensersatz zu realisieren sein, und wird der Berechtigte, vorausgesetzt, dass die Vertragsverletzung so erheblich ist, dass sie einen „wichtigen Grund“ darstellt, auch hier zu dem Mittel der fristlosen Kündigung greifen.

Unverschuldete subjektive Behinderung.

§ 7.

In der bisherigen Erörterung ist ein vertragswidriges Verhalten des Gegners als Voraussetzung des fristlosen Kündigungsrechtes ins Auge gefasst, und als Vertragswidrigkeit die schuldhafte Pflichtverletzung behandelt worden. Eine objektive Vertragswidrigkeit allein erfüllt den Begriff „vertragswidriges Verhalten“ nicht; erforderlich ist vielmehr ein „subjektiv und objektiv widerrechtliches Verhalten“ [1]). Für die Verpflichtungen der Parteien, nicht für die Entstehung des fristlosen Kündigungsrechtes ist das vertragswidrige Verhalten von Bedeutung.

Einen wichtigen Grund im Sinne des § 626 bildet ferner die Nichterfüllung der vertraglichen Verbindlichkeiten infolge unverschuldeter Behinderung oder subjektiven Unvermögens [2]). Der Dienstberechtigte, der die vereinbarte Vergütung nicht gewährt, kann sich nicht darauf berufen, dass er aus Mangel an Geldmitteln nicht habe zahlen können. Der Verpflichtete kann nicht beanspruchen nach Behebung des in

---

1) Planck a. a. O. zu § 628 Nr. 3b. Örtmann, Komm. zum bürgerl. Gesetzbuch zu § 628, Anm. 2. Staub a. a. O. zu § 70, Anm. 14.

2) In § 617 BGB. ist die Zulässigkeit der fristlosen Kündigung in einem solchen Falle, nämlich der Erkrankung, ausdrücklich ausgesprochen.

seiner Person eintretenden Hindernisses wieder in den Dienst aufgenommen zu werden. Der Dienstherr sieht sich in der Zwischenzeit durch Abschluss neuer Kontrakte vor. Dem Dienstvertrage wohnt, wie die Motive S. 461 zutreffend bemerken, regelmässig die Eigenschaft einer Art von Fixgeschäft bei.

Der bona fides entspricht es aber, und auch aus § 616 BGB.[1]) folgt, dass eine unverschuldete Verhinderung des Dienstpflichtigen während einer verhältnismässig nicht erheblichen Zeit zur fristlosen Auflösung des Vertrages nicht berechtigt. Ob die Zeit der Unterbrechung der Dienstleistung eine verhältnismässig nicht erhebliche ist, „ist nach den Umständen unter Berücksichtigung der bestimmungsmässigen Dauer des Dienstverhältnisses zu ermessen“[2]). Neben der kontraktlichen Zeitdauer und dem Inhalt der Kündigungsbedingungen wird auch die tatsächliche Dauer, die das Dienstverhältnis bereits gewährt hat, in Betracht gezogen werden müssen. In den Motiven wird als ein in der Person des Dienstpflichtigen liegender Grund der Verhinderung die kürzere Einberufung zum Militärdienst hervorgehoben. Als weitere Beispiele können gelten: die Einziehung zum Schöffen- und Geschworenendienst, Ladung als Zeuge, Einberufung zur Kontrollversammlung, sowie anderweite den Dienstschuldner betreffende Umstände, unter denen ihm billigerweise die Wahrnehmung seiner Dienstpflichten nicht zugemutet werden kann, wie

1) § 616 S. 1 bestimmt: Der zur Dienstleistung Verpflichtete wird des Anspruchs auf die Vergütung nicht dadurch verlustig, dass er für eine verhältnismässig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne seine Verschulden an der Dienstleistung verhindert wird.

2) Dernburg a. a. O. II, § 305, S. 391.

Tod, bezw. Beerdigung eines nahen Verwandten, im Privatinteresse unternommene notwendige Reise, endlich eigene unverschuldete Krankheit. Die Folgen ausserehelichen Beischlafs, Wochenbett der unverheirateten Frauensperson, geschlechtliche Erkrankung, werden von den Kommentatoren[1]) stets als verschuldet betrachtet, nicht hingegen Unfälle, die den Dienstpflichtigen bei persönlichen Vergnügungen (Tanz, normales Radfahren) treffen. Horrwitz[2]) sieht mit Rücksicht auf die sittliche Zulässigkeit die infolge ausserehelichen Beischlafs entstehende Krankheit als unverschuldet an, wogegen Staub hervorhebt, dass die sittliche Zulässigkeit nicht mit der rechtlichen Verschuldung verwechselt werden dürfe. Unter „rechtlicher Verschuldung“ wird man wohl die zurechenbare culpa verstehen müssen. Unter Berücksichtigung der ratio des § 616 kann m. E. dieser Gesichtspunkt nicht ausschlaggebend sein. § 616 bürdet dem Dienstherrn in Abweichung von allgemeinen Grundsätzen über die Rechtsfolgen des subjektiven Unvermögens die Pflicht auf, unter Umständen die Vergütung trotz Nichtleistung der Dienste zu gewähren, „aus sozialpolitischen Rücksichten und Gründen der Humanität“ wie die Motive bemerken. Diese Verpflichtung des Berechtigten ist zu verneinen, und also eine verschuldete Behinderung für vorliegend zu erachten, wenn dem Dienstberechtigten nach der Beschaffenheit und der Ursache der Behinderung nicht zuzumuten ist, die Nachteile derselben zu tragen. Die Vorschrift des § 616 beruht auf Billigkeitsrücksichten und muss ausser Anwendung bleiben, wo solche fehlen. Ein

1) Planck a. a. O. zu § 617, Anm. 4e. Staub a. a. O. zu § 63, Anm. 2. Fuld, Recht der Handlungsgehülfen S. 49.

2) Horrwitz, Recht der Handlungsgehülfen S. 61.

Verschulden im rechtlichen Sinne kann im Einzelfalle vorliegen, ohne dass der Dienstpflichtige der Rechtswohltat des § 616 nach dessen Tendenz verlustig gehen darf, z. B. der Dienstpflichtige zieht sich bei der Rettung eines Ertrinkenden infolge Erkältung eine Lungenentzündung zu.

Ausserkontraktliches Verhalten.

§ 8.

In dem früheren Handelsgesetzbuch war unter den besonderen Kündigungsgründen des Prinzipals (Art. 64 Nr. 6) der Fall erwähnt: „wenn sich der Gehilfe einem unsittlichen Lebenswandel ergibt". Diese Bestimmung ist in das neue Handelsgesetzbuch nicht übergegangen, weil die Bestimmung zu allgemein sei, Missdeutungen nicht ausschlösse und als Korrelat eine gleiche Bestimmung dem Prinzipal gegenüber erfordern würde. (Kommissionsbericht S. 36.) Nach § 123, Nr. 2 RGO. können Gehilfen und Gesellen entlassen werden: „wenn sie eines Diebstahls, einer Entwendung, einer Unterschlagung, eines Betruges oder eines liederlichen Lebenswandels sich schuldig machen". Nach § 133c Nr. 6 RGO. kann gegenüber den im § 133a bezeichneten Personen (Betriebsbeamte, Werkmeister und ähnliche Angestellte) die Aufhebung des Dienstverhältnisses verlangt werden, „wenn sie sich einem unsittlichen Lebenswandel ergeben". Dass derartige Tatbestände auch nach bürgerlichem Gesetzbuch einen wichtigen Grund im Sinne des § 626 abgeben können, unterliegt keinem Zweifel. Die Bedenken indes, die zur Beseitigung des Art. 64 Nr. 6 des alten HGB. geführt haben, sind für den Richter ein Anlass, Auflösungsgründen, die dem ausserkontraktlichen

Leben der Parteien entnommen sind, nur bei besonderer Sachlage Beachtung zu schenken. Die Entlassung des Kassierers, der das Hazardspiel gewohnheitsmässig betreibt, ist ohne Zweifel für gerechtfertigt zu halten.

Im allgemeinen ist ausserkontraktliches Verhalten nur in seiner Beziehung zu den Vertragszwecken zu berücksichtigen. Sofern durch dasselbe das zur Erreichung des Vertragszweckes unentbehrliche Vertrauen zerstört, oder das persönliche Verhältnis der Parteien derart beeinflusst wird, dass der eine Teil den andern zu verabscheuen alle Ursache hat, erscheint die vorzeitige Beendigung des Vertragsverhältnisses nicht ungerechtfertigt. Einen strengeren Masstab wird man bei hauszugehörigen Dienstverpflichteten an das ausserkontraktliche Verhalten legen dürfen, da der häuslichen Gemeinschaft, bezw. der Familie des Dienstberechtigten gegenüber besondere Pflichten sich ergeben, und der Dienstherr besondere Anforderungen, wie an die Familienmitglieder, so auch an den Dienstpflichtigen stellen kann.

Berechtigung zur Kündigung aus Gründen, die in der Person des Kündigenden selbst und aus Gründen, die in objektiver Sphäre liegen.

§ 9.

Unter der Herrschaft des früheren Handelsgesetzbuches, das bereits in Art. 62 eine dem § 626 BGB. entsprechende Bestimmung enthielt, wurde vereinzelt[1]) angenommen, dass der zur fristlosen Kündigung berechtigende „wichtige Grund“ in der Person dessen

1) Staub a. a. O. 2. Aufl. 1894 zu Art. 62. Dernburg, Preuss. Privatrecht, 5. Auflage 1897, Bd. II, S. 558.

liegen müsse, gegen den die Kündigung sich richte. Für diese Ansicht war der Umstand bestimmend, dass bei den in Art. 63 und 64 gewählten Beispielen eines wichtigen Grundes immer der Aufhebungsgrund in der Person des Gegenkontrahenten lag. Die Art. 63 und 64 beabsichtigen aber ebensowenig wie die §§ 71 und 72 des neuen HGB. eine erschöpfende Aufzählung der Kündigungsgründe; es sollten dem Richter lediglich Anhaltspunkte für sein Ermessen gegeben werden. Unter anderen[1]) bezeichnet es Hahn in seinem Kommentar zum HGB. 4. Aufl. I. S. 315 als irrig, aus den Beispielen der Art. 63 und 64 das Prinzip zu abstrahieren, dass der Gehilfe die Aufhebung des Vertrages nur in den Fällen einer Verletzung der hauptsächlichsten Vertragspflichten durch den Prinzipal erlangen könnte, oder dass der Prinzipal ausser auf Vertragsverletzung sich nur auf einen den Gehilfen zunächst treffenden Kasus berufen könne. Auch ein zunächst den Kläger treffender Kasus kann als wichtiger Grund erscheinen, namentlich soweit er die Voraussetzungen, welche zum Abschluss des Vertrages bestimmten, betrifft. So kann z. B. kasuelle Nötigung zur Aufgabe des Handelsgewerbes als genügender Grund auf Seiten des Prinzipals erscheinen[2]). In seinem neuesten Kommentar zum Handelsgesetzbuche[3]) verlässt Staub den früher vertretenen Standpunkt; er gibt nunmehr zu, dass auch aus solchen

---

1) Endemann, Lehrbuch des deutschen Handelsrechts. Bd. I, S. 265. Makower, Komm. zu Art. 64 Nr. 6a. Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts § 19 Nr. 7a.

2) Endemann, Lehrbuch des bürgerl. Rechts. 6. Aufl. 1899, S. 265.

3) Staub a. a. O. 6. Aufl. 1900, zu § 70, Anm. 2.

wichtigen Gründen gekündigt werden könne, welche sich in der Person des Kündigenden ereignen, z. B. Zerstörung der Handelsniederlassung durch Feuer und dadurch verursachte vollständige Einstellung des Gewerbebetriebes.

„Ein Rechtssatz, dass der Dienstberechtigte die Gefahr trägt, wenn er von den Diensten keinen Gebrauch machen kann, wie er z. B. in den §§ 1135, 870 des Sächs. BGB. enthalten war, ist in das BGB. nicht übergegangen“ (Staub a. a. O.).

Dernburg äussert sich in seinem Werke: „Das bürgerliche Recht“ (Dienstverträge, Bd. II, Abtl. 2, S. 387 fg.) zu dieser Frage nicht mehr. Die Zulässigkeit der fristlosen Kündigung in dem zur Erörterung stehenden Falle kann heute als allseitig anerkannt bezeichnet werden. Der Zweck, den der Gesetzgeber mit der Vorschrift des § 626 verfolgt, ist, den Parteien beim Dienstvertrage gewissermassen einen Notausgang offen zu halten, um sie bei unvorhergesehenen, wenn auch die eigene Person berührenden Ereignissen gegen die Nachteile der Gebundenheit an den Vertrag zu schützen. Nach dem Zeugnis der Motive (Bd. II, S. 468) hielt man eine besondere Vorschrift, betreffend die vorzeitige Lösung des Dienstvertrages für nötig, unter anderem weil ein solches Recht den Parteien auch dann zustehen müsse, „wenn eine wesentliche Veränderung der bei Eingehung des Vertrages mutmasslich gewürdigten Umstände eintritt“. Die clausula rebus sic stantibus hat nun zwar im BGB. ausdrücklich Aufnahme gefunden nur bei dem Vertrage, durch den die Hingabe eines Darlehns versprochen wird (§ 610). Nach jenem Zeugnis der Motive aber ist zu sagen, dass das Rücktrittsrecht wegen veränderter Umstände auch beim Dienstvertrage, hier in Gestalt

des Kündigungsrechtes aus wichtigen Gründen gesetzliche Anerkennung gefunden hat. Daraus ergibt sich, dass der Rücktritt auf Grund des § 626 nicht auf Gründe beschränkt ist, die in der Person des Vertragsgegners liegen.

Das Preuss. Allg. L. R. I. 5. § 378 gestattet den Rücktritt vom Vertrage allgemein, wenn es sich um unvorhergesehene Veränderungen handelt, welche die Erreichung des ausdrücklich erklärten oder aus der Natur des Geschäftes sich ergebenden Endzweckes beiden Teilen oder einem von beiden unmöglich machen.

Die Befugnis des Dienstnehmers vom Vertrage abzugehen, wird angenommen, wenn er ein ererbtes Gut oder Geschäft in eigene Verwaltung zu übernehmen genötigt ist[1]), oder wenn er den kranken Vater in der Landwirtschaft vertreten, oder für die kranke Mutter das Geschäft führen muss[2]). Nur derjenige tritt in fremden Dienst, überlässt anderen seine Arbeitskraft, der selbständig seine Kräfte nicht verwerten kann. Es würde gewiss unbillig sein, von dem Dienstpflichtigen die Aushaltung des Vertrages bei Eintritt solcher unvorhergesehener Ereignisse zu fordern, wo er in eigenen Geschäften unabkömmlich ist, oder sich nur unter unverhältnismässigen Opfern seinen eigenen Angelegenheiten entziehen könnte. Die Abkömmlichkeit in eigenen Geschäften ist die auch dem Gegenkontrahenten erkennbare, durch die Natur der Verhältnisse gegebene Voraussetzung, welche den Dienstnehmer zum Abschluss des Vertrages bestimmte. Gleicherweise ist dem Dienstberechtigten bei einer

1) Siméon a. a. O. S. 425.
2) Staub a. a. O. zu § 71 Anm. 6.

Veränderung der Umstände das Rücktrittsrecht grundsätzlich zu gewähren. Nicht schon dann, wenn er vorübergehend von den Diensten keinen Gebrauch machen kann, oder wenn die Dienste infolge von Umständen, die nicht ausserhalb der Berechnung liegen, für ihn an Wert verlieren oder wertlos werden. Anders aber, wenn der Dienstberechtige durch zufällige unverschuldete Ereignisse ausser Stand gesetzt wird, die Dienste anzunehmen oder auch nur den geringsten Gebrauch von ihnen machen zu können, wie dies in den von Hahn und Staub angeführten Beispielen der Fall ist. Als weiteres Beispiel möge dienen: Jemand engagiert auf mehrere Jahre einen Hauslehrer für seinen Sohn; der Sohn stirbt vorher. Für Fälle dieser Art wird z. T. angenommen, dass die Dienstleistung unmöglich werde, und deshalb die Wirkungen des § 323 BGB. platzgreifen müssten. Andere nehmen dagegen aus der Erwägung, dass nach BGB. ein Verschulden für den Verzug des Gläubigers nicht mehr erforderlich ist, an, dass auf seiten des Dienstherrn Annahmeverzug vorliege, und derselbe zur Fortentrichtung der Vergütung während der vollen vertragsmässigen Dienstzeit verpflichtet sei (§ 615). Diese Frage beschäftigte auch die Kommission für die II. Lesung des Entwurfs[1]). Unter Bezugnahme auf Mommsen[2]) wurde von der

1) Protokolle Bd. II, S. 280—282.

2) Mommsen, Beitr. z. Oblig.-Recht, Bd. I, S. 362 fg.: „Das Resultat ist demnach, dass der locator operarum im Falle einer ohne sein Verschulden eintretenden Unmöglichkeit der Leistung keine Gegenleistung für diejenigen Dienste, die er nicht geleistet hat, in Anspruch nehmen kann, dass er jedoch berechtigt ist, das Interesse, welches er an der Leistung der Dienste hatte, von dem Mieter zu verlangen, auch dann, wenn der Mieter durch faktische, seine Person betreffende Hindernisse ausser Stand gesetzt war, die Leistung anzunehmen.

einen Seite angenommen (s. a a. O. S. 280), dass nicht Annahmeverzug, sondern Unmöglichkeit der Leistung vorliege, wenn die Sache, auf die sich die Dienste nach dem Vertrage beziehen sollten, von einem Zufall, der die Leistung der Dienste unmöglich mache, betroffen, z. B. die Fabrik, in welcher Dienste zu leisten seien, durch Brand zerstört werde. Zum Annahmeverzug genüge nicht, dass der Dienstverpflichtete zur Leistung persönlich fähig und bereit sei; vielmehr müsse er auch objektiv im Stande sein, die Dienste zu leisten. Von dieser Seite wurde deshalb beantragt, in dem ersten Satz des § 562 des Entwurfs (jetzt § 616) statt der Worte „durch einen in seiner Person liegenden Grund" zu setzen „ausser dem im § 561 (jetzt § 615) bezeichneten Falle", da ohne diese Änderung der Dienstnehmer in Fällen wie dem angeführten Beispiele den Anspruch auf die Vergütung verliere; wenn sogar eine in der Person des Dienstnehmers begründete Verhinderung ihn des Anspruchs auf Vergütung nicht verlustig machen solle, müsse das gleiche auch in den gedachten Fällen gelten. Die Mehrheit lehnte den Abänderungsantrag ab; ein Teil ging davon aus, dass in den von dem Antragsteller hervorgehobenen Fällen allerdings nicht Annahmeverzug, sondern objektive Unmöglichkeit der Leistung anzunehmen sei, hielt es aber für angemessen, dass in solchen Fällen der Dienst-

---

Hieraus ergibt sich, dass der Vermieter namentlich dann weder die Gegenleistung noch auch ein Interesse in Anspruch nehmen kann, wenn die kasuelle Unmöglichkeit in den Verhältnissen der Sache, auf welche die Dienste dem Vertrage zufolge sich beziehen sollten, ihren Grund hat, z. B. wenn jemand gedungen ist, gegen Tagelohn das in einer bestimmten Scheune aufbewahrte Getreide zu dreschen, und die Scheune mit dem Getreide abbrennt."

nehmer nach § 368 (jetzt § 323) den Anspruch auf die Vergütung verliere[1]). Von der anderen Seite wurde dagegen Annahmeverzug unterstellt; für diesen genüge es, wenn der Dienstnehmer sich zur Leistung erbiete und persönlich dazu im Stande sei, die Sache ihm aber nicht von dem Dienstgeber bereit gestellt werde[2]). Dernburg (a. a. O. S. 390) wirft zu dem vorerwähnten Beispiele, wo ein Hauslehrer für den Sohn angenommen ist und letzterer stirbt, die Frage auf: „Kann eine Leistung, wie dies die §§ 293 und 294 zum Verzuge des Gläubigers fordern, angeboten werden, wenn sie objektiv unmöglich ist? Kann man von dem Angebote sprechen, einen Toten etwas zu lehren!“. Das von Dernburg gewählte Beispiel bietet einen trefflichen Beleg für die Unbilligkeit, den Dienstgeber für die Vergütung weiter haften zu lassen, wenn er auch beim besten Willen von den Diensten keinen Gebrauch machen kann. Die Unmöglichkeit der Leistung in rechtlichem Sinne scheint uns aber nicht dargetan. In Wirklichkeit liegt doch nur eine faktische Unmöglichkeit der Annahme der Leistung vor; so lange der Dienstschuldner persönlich fähig und im Stande ist, seine Arbeitskraft dem Gläubiger zu überlassen, kann nicht von einer Unmöglichkeit der ihm obliegenden Leistung die Rede sein. Vor den Folgen des Annahmeverzuges, dem weiteren Verfallen der Vergütung, kann sich der Gläubiger durch Beendigung des Dienstverhältnisses schützen. Sofern die Umstände, infolge deren der Dienstberechtigte von den Diensten keinen Gebrauch machen kann, die vorzeitige Kündigung nicht rechtfertigen können, ist es auch nicht

1) Dasselbe nimmt Planck a. a. O. zu § 616 Anm. 5 an.

2) Annahmeverzug nimmt auch Kohler in seinem Archiv Bd. 13, S. 149, an.

unbillig, ihn den Schaden tragen zu lassen. Das gilt regelmässig, wenn die Ursache lediglich in seiner geschäftlichen Berechnung oder sonstigen falschen Voraussetzungen liegt, die dem Dienstpflichtigen bei Vertragsabschluss weder mitgeteilt noch erkennbar waren. Die Frage, ob die Gestaltung der Verhältnisse des einen oder anderen Teiles die vorzeitige Auflösung des Vertrages rechtfertigt, ist nur unter billiger Berücksichtigung der rechtlichen und tatsächlichen Interessen beider Teile zu entscheiden; für die Beurteilung sind nur diejenigen Zwecke und Voraussetzungen massgebend, von denen die Parteien einverständlich ausgingen, oder die nach der Erfahrung des Lebens von selbst gegeben sind. § 615 steht der Ausübung des vorzeitigen Kündigungsrechtes nicht entgegen. § 615 bestimmt in Abweichung bezw. Ergänzung der allgemeinen Vorschriften die Folgen des Annahmeverzuges des Dienstgläubigers, hat aber nicht die Bedeutung, demselben die Gefahr aufzubürden, wenn er von den Diensten keinen Gebrauch machen kann. Wenn letzteres der Fall wäre, könnte sich der Dienstberechtigte freilich der Gefahrtragung nicht dadurch entziehen, dass er vom Vertrage zurücktritt[1]). Ob die Erben im Falle des Todes des Dienstberechtigten zur fristlosen Kündigung befugt sind, richtet sich nach den Umständen des Falles. Die Motive S. 465 erkennen an, dass der Tod des Dienstberechtigten unter Umständen den Rücktritt vom Vertrage rechtfertigen könne. Dieses wird meistens der Fall sein, wenn die Erben

1) Reinhard, Der einseitige Rücktritt vom Dienstvertrag, S. 35. Nach gemeinem Recht hat der Dienstberechtigte die Gefahr in diesem Sinne zu tragen, l. 19, § 9, D. 19, 2, „si per eum, (sc. locatorem) non stetit, quominus operas praestet". S. oben S. 36. Ebenso nach Sächs. BGB. §§ 1135, 870.

gar keinen Gebrauch von den Diensten machen können, und sie durch eine kurze Kündigungsfrist nicht geschützt sind. In allen Fällen berechtigen Umstände, die in der Person eines der Beteiligten liegen, diesen selbst nur dann zur Kündigung, wenn ihm kein Verschulden dabei zur Last fällt. Das ausserordentliche Kündigungsrecht beruht auf Gründen der Billigkeit; die Parteien können sich zur Begründung desselben nicht auf Umstände berufen, welche sie zu vertreten haben. Letzteres ist nach BGB. auch in dem Falle anzunehmen, wenn der Dienstpflichtige infolge verschuldeter Krankheit zur Leistung der Dienste unfähig wird. Das Handelsgesetzbuch § 71 Nr. 1 gewährt zwar dem Handlungsgehilfen das Kündigungsrecht schlechthin, wenn er zur Fortsetzung seiner Dienste unfähig wird. Für das Handelsrecht wird infolge dessen angenommen, dass ein Verschulden gleichgiltig sei, da das Gesetz in dieser Hinsicht keinen Unterschied mache[1]). Für das BGB., welches eine positive Vorschrift nicht enthält, liegt kein Anlass vor, in dieser Beziehung die allgemeinen Grundsätze ohne Einschränkung nicht wirken zu lassen.

Das fristlose Kündigungsrecht gemäss § 626 steht den Parteien endlich in solchen Fällen zu, wenn der Grund weder in der Person des Gegners noch in der eignen Person, sondern in objektiver Sphäre liegt, z. B. ansteckende, gefährliche Krankheiten am Orte, wo die Dienstleistung zu bewirken ist. Der innere Grund der Vorschrift, dass jede Partei sich vorzeitig vom Vertrage lossagen kann, wenn ihr die Aushaltung desselben nicht zugemutet werden kann, trifft auch hier zu.

---

1) Staub a. a. O. zu § 71 Anm. 2.

Der zwingende Charakter des § 626 BGB.

§ 10.

Die Vorschrift des § 626 ist zwingender Natur; auf die Kündigung wegen wichtiger Gründe kann im Voraus nicht wirksam verzichtet werden[1]). Dem steht nicht entgegen, dass das Gesetz dieser Bestimmung nicht ausdrücklich zwingende Kraft beilegt.

Das BGB. hat

„in einer grösseren Zahl von Fällen, als es für das zwingende Recht geschehen ist, den nicht zwingenden Charakter der einschlägigen Sätze besonders festgestellt, ohne freilich damit die Gesamtzahl der nicht zwingenden Normen angeben zu wollen“[2]).

Ebenso wenig folgt daraus, dass das Gesetz einzelnen Regeln ausdrücklich zwingende Kraft beilegt, dass nicht noch andere Bestimmungen diese Kraft besitzen. Der zwingende Charakter des § 626 ergibt sich aus dem kategorischen Worlaut und dem offenbaren Zweck der Vorschrift. Eine Vereinbarung, durch die das fristlose Kündigungsrecht ausgeschlossen wird, ist daher nichtig. Es fragt sich aber, ob die Natur der Vorschrift jeder Parteidisposition widerstrebt, oder ob nicht einzelnen Tatbeständen, die an sich einen wichtigen Grund darstellen, diese Eigenschaft durch Vertrag genommen werden kann, ferner ob nicht die Ausübung des fristlosen Kündigungsrechtes in gewisser Weise beschränkt werden kann, z. B. in der Weise, dass die berechtigte Partei nicht sofort vom Vertrage abgehen soll, sondern etwa erst nach einer Woche. Eine solche Vereinbarung kann jedenfalls im

---

1) Planck a. a. O. zu § 626 Z. 4. Dernburg a. a. O. § 308 S. 398.

2) Stammler, Recht der Schuldverhältnisse S. 74.

Interesse beider Teile liegen, des Dienstberechtigten, um sich Ersatz zu verschaffen, des Verpflichteten, um sich in der Zwischenzeit eine neue Stelle aufzusuchen. Cosack[1]) hält eine Einengung des fristlosen Kündigungsrechts für unzulässig, weil dadurch der Prinzipal den Gehilfen in ein zu grosses Abhängigkeitsverhältnis bringen würde.

Von anderer Seite wird m. E. mit Recht unterschieden, ob eine solche Vereinbarung den guten Sitten widerspricht (§ 138 BGB.) und wird mit dieser Begrenzung der Parteidisposition Raum gelassen (Staub a. a. O. zu § 70 Anm. 6; Lotmar a. a. O. S. 616 fg.). Dass eine absolute Rechtsvorschrift nicht grundsätzlich vertraglichen Verfügungen entgegensteht, ist aus der Bestimmung des § 619 BGB. herauszulesen; hier wird die Aufhebung und Beschränkung der in Bezug genommenen Vorschriften für unzulässig erklärt: „Die dem Dienstberechtigten nach den §§ 617, 618 obliegenden Verpflichtungen können nicht im Voraus durch Vertrag aufgehoben oder beschränkt werden."

Ausübung des fristlosen Kündigungsrechts.

§ 11.

In denjenigen Fällen, in denen eine Partei das Dienstverhältnis wegen Nichterfüllung der dem Gegenteil obliegenden Leistung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen kann, konkurriert das Kündigungsrecht mit dem allgemeinen, im BGB. gegebenen Rücktrittsrecht bei gegenseitigen Verträgen (§§ 323 fg.).

Nach Cosack[2]) findet diese Konkurrenz nicht statt:

---

1) Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts S. 113.

2) Cosack, Lehrbuch des bürgerl. Rechts I, § 144 S. 508.

„erfüllt der Dienstempfänger seine Verpflichtungen nicht, so sind die allgemeinen für gegenseitige Verträge geltenden Vorschriften anwendbar. Nur insofern gilt eine Abweichung als der Dienstschuldner an Stelle des gewöhnlichen Rücktrittsrechtes ein Kündigungsrecht hat, in gleicher Art, wie es im umgekehrten Falle (bei Nichterfüllung der dem Dienstschuldner obliegenden Pflichten) dem Dienstempfänger zusteht."

Die Konsequenz der Ansicht Cosack's ist, dass die allgemeinen Verzugsvorschriften bei gegenseitigen Verträgen durch § 626 BGB. ausser Anwendung gesetzt seien; das geht indes weder aus § 626 selbst hervor, noch ist sonstwie eine solche Absicht des Gesetzgebers erkennbar. Anderseits haben freilich die allgemeinen Vorschriften neben § 626 nur geringe Bedeutung, da den Parteien, wie Cosack zutreffend bemerkt, auf Grund des § 626 weit schärfere Befugnisse zu Gebote stehen.

Was die Ausübung des Kündigungsrechts betrifft, so muss dieselbe unter Umständen vorher, entsprechend der dem Vertrage zu Grunde liegenden bona fides dem Gegner angedroht werden. Jedenfalls dann, wenn der Kündigende das als Kündigungsgrund vorgegebene Verhalten des andern seit längerer Zeit gekannt hat. Hat der Kündigende von seinem Kündigungsrecht Kenntnis erlangt, ohne dasselbe alsbald auszuüben, so gesteht er damit stillschweigend zu, dass er vorläufig wenigstens auf dieses Recht verzichtet. Dauert das zur Kündigung berechtigende Verhalten des anderen Teiles fort, und will er daraufhin später sich vom Vertrage lossagen, so entspricht es durchaus der bona fides, dass er dem Gegner von der beabsichtigten Kündigung Mitteilung macht, damit diesem noch die

Möglichkeit gegeben ist, den angeführten Kündigungsgrund zu beseitigen[1]). Dem versöhnenden Einflusse der Zeit ist bei der Entscheidung des Einzelfalles Rechnung zu tragen und zu prüfen, ob nicht in dem Nichtgebrauch des Rechts, in der Unterlassung der Geltendmachung des Kündigungsgrundes ein Verzicht zu erblicken ist. Aus diesem Gesichtspunkte erklärt die Gewerbeordnung (§§ 123, 124) die Aufhebung des Vertrages für nicht mehr zulässig, wenn die zu Grunde liegenden Tatsachen der berechtigten Partei länger als eine Woche bekannt sind.

Wenn ein Vertragsteil wegen eines in seiner Person liegenden Grundes selbst zur Kündigung berechtigt ist, darf die Ausübung des Rechts nicht in dieser Weise zeitlich beschränkt werden. Versucht der Berechtigte zunächst sich mit den veränderten Verhältnissen abzufinden, so wäre es unbillig, ihn wegen dieses, auch das Interesse des Vertragsgenossen berücksichtigenden Verhaltens, des Kündigungsrechts für verlustig zu erklären.

Der zur Aufhebung des Vertrages berechtigende Tatbestand braucht sich nicht während des Dienstes zu vollenden; die Aufhebung kann auf Gründe gestützt werden, die nach Perfektion des Vertrages, aber vor Beginn der Dienstleistung eintreten. Diesen Fall hat auch § 628 BGB. im Auge: „Wird nach dem Beginne der Dienstleistung das Dienstverhältnis auf Grund des § 626 gekündigt."

1) Entsch. des Reichsgerichts, Bd. 38 S. 117. Entsch. des Reichs-Oberhandelsgerichts Bd. 19 S. 114. Entsch. des Reichs-Oberhandelsgerichts Bd. 17 S. 221 erklärt es für zulässig, auf früher bereits verziehene Vorgänge bei Eintritt neuer Pflichtverletzungen zurückzugreifen, um das Gesamtverhalten des Gegners zu charakterisieren.

Der selbständigen Berechtigung der Kündigung durch die Erben im Falle des Todes des Dienstberechtigten ist bereits oben gedacht. Die Ausübung des von dem Erblasser bereits erworbenen Kündigungsrechtes durch die Erben kann, da letztere vollständig in die Rechtssphäre ihres Rechtsvorgängers eintreten, nicht zweifelhaft sein. Auch nicht in dem Falle, wenn das Recht nicht aus sachlichen, sondern persönlichen Gründen, aus einer persönlichen Rechtsverletzung entstanden ist. Wie oben ausgeführt, verpflichtet der Dienstvertrag beide Teile, sich solcher Handlungen zu enthalten, die eine Störung der persönlichen Beziehungen zur Folge haben müssten, und dass eine dieser Pflicht widersprechende Handlungsweise sich als ein Verstoss gegen die Vertragspflichten darstelle. Das Recht zur Aufhebung des Vertrages ist in diesem Falle nicht dazu bestimmt, eine Genugtuung für erlittene persönliche Unbill zu verschaffen. Es entsteht aus einer Verletzung der Vertragspflichten, ist ein vertragsmässiger Anspruch und kann deshalb nach allgemeinen Successionsgrundsätzen auch von den Erben geltend gemacht werden.

Die übrigen Fälle der fristlosen Kündigung. Der § 627 BGB.

§ 12.

Bei Verträgen über Dienstleistungen höherer Art, die auf Grund besonderen Vertrauens übertragen zu werden pflegen, ist, wenn das Dienstverhältnis kein dauerndes mit festen Bezügen ist, beiden Teilen die jederzeitige Auflösung des Verhältnisses mit der Modifikation des Verbotes unzeitiger Kündigung seitens des Verpflichteten gestattet (§ 627 BGB.). Ist ein

dauerndes Dienstverhältnis mit festen Bezügen gegeben, so greift § 626 Platz. Die leichte Lösbarkeit der vertraglichen Verbindung rechtfertigt sich durch die Vertrauensgrundlage des Verhältnisses. Das Merkmal „besonderes Vertrauen“ ist objektiv der Verkehrssitte entsprechend zu bestimmen: Ärzte, Anwälte, Lehrer[1]). Darauf, ob der Dienstempfänger bei Abschluss des Vertrages selbst dieses Vertrauen äusserte, kommt es nicht an. Für die Frage, wann ein „dauerndes“ Dienstverhältnis vorliegt, ist aus dem Gesetze nichts zu entnehmen. Den Gegensatz hierzu bildet das vorübergehende Dienstverhältnis; im Einzelfalle ist zu prüfen, ob das Verhältnis nach der Absicht der Parteien als ein dauerndes oder nur vorübergehendes (z. B. zur Aushilfe) zu bezeichnen ist. Unter dem Erfordernis der festen Bezüge ist nicht zu verstehen, dass die Vergütung für bestimmte längere Zeitabschnitte festgesetzt ist. Entscheidend ist, ob die Vergütung unabänderlich feststeht und ohne Rücksicht auf den Wert, oder ob die Vortrefflichkeit der Einzelleistungen, wie auch die geleisteten Arbeitsstunden in Betracht zu ziehen sind. Der im Entwurf der Novelle zur Gewerbeordnung von 1891 gebrauchte Ausdruck „gegen mindestens monatsweise bemessene Bezüge“ wurde vom Reichstage abgelehnt[2]) und angenommen, dass auch Wochenlohn unter den Begriff „fester Bezüge“ falle, sofern damit nicht nur gemeint ist, dass am Schlusse der Woche die Arbeitszeit zusammengerechnet werden und dann Zahlung erfolgen soll.

---

1) Hachenburg a. a. O. S. 50.
2) Reichstagsprot. 96.

Der § 1358 BGB.

§ 13.

Im vierten Buche statuiert das BGB. im § 1358 einen weiteren Fall der fristlosen Kündigung des Dienstvertrages.

Durch ihre Verheiratung wird die Frau weder als solche, noch kraft ehelichen Güterrechtes in ihrer Geschäftsfähigkeit beschränkt; sie kann sich selbständig verpflichten, ohne dass dafür die Einwilligung des Ehemannes erforderlich wäre. Durch diese Freiheit ist die Möglichkeit gegeben, dass die eheliche Lebensgemeinschaft beeinträchtigt wird, nämlich sofern sich die Frau einem Dritten gegenüber zu einer von ihr in Person zu bewirkenden Leistung verpflichtet. Die juristische Natur des Geschäftes ist hierbei gleichgiltig, der Dienstvertrag fällt darunter, da gemäss § 613 der zur Dienstleistung Verpflichtete die Dienste im Zweifel in Person zu leisten hat. In diesem Falle kann der Ehemann das Vertragsverhältnis unter den im § 1358 bestimmten Voraussetzungen fristlos kündigen. Die Vorschrift gilt dem Schutze der ehelichen Lebensgemeinschaft; Voraussetzung des Kündigungsrechtes ist das Bestehen der häuslichen Gemeinschaft (§ 1358 Abs. 2 S. 3). Das Kündigungsrecht steht daher nicht zu, wenn diese, wenn auch nur tatsächlich, aufgehoben ist. Es ist ferner ausgeschlossen, wenn der Ehemann der Verpflichtung zugestimmt hat, oder seine Zustimmung auf Antrag der Frau durch das Vormundschaftsgericht ersetzt ist. Unwesentlich ist, ob der Dritte bei Abschluss des Vertrages die Eigenschaft der Frau als Ehefrau gekannt hat. Von den bisher dargestellten Fällen unterscheidet sich dieses Kündigungsrecht dadurch, dass es nicht einer Vertragspartei,

sondern einem Dritten, dem Ehemanne, zusteht. Das Recht des Ehemannes ist ein höchstpersönliches (§ 1358 Abs. 3), ebenso das Recht, die Genehmigung zum Abschlusse eines solchen Vertrages zu erteilen. Kündigung und Zustimmung kann nicht durch einen Vertreter erfolgen. Gemäss Art. 95 EG. zum BGB. können die Vorschriften des § 1358 für das Gesinderecht durch die Landesgesetzgebung nicht ausgeschlossen werden. Kündigt der Ehemann, so ist es so anzusehen, als ob der Dienstverpflichtete gekündigt hätte, ohne dazu durch vertragswidriges Verhalten der Gegenpartei veranlasst zu sein.

Abhandlung.

II.

Rechtslage der Parteien bei unberechtigter fristloser Kündigung.

§ 14.

Die unter Berufung auf einen Umstand, welcher die Auflösung des Dienstverhältnisses zu rechtfertigen nicht geeignet ist, erfolgte fristlose Kündigung, ist ohne Einfluss auf den Fortbestand des Vertrages. Bereits oben S. 21—22 ist dargelegt, dass, wenn die Kündigung nach § 626 die beabsichtigte Rechtswirkung, nämlich die sofortige Beendigung des Dienstverhältnisses nicht erzeugt, die Kündigung als die ordentliche wirksam bleibt, d. h. den Vertrag zu dem gesetzlich oder vertraglich zulässigen nächsten Termin endigt. Der Streit unter den Parteien gipfelt nun darin, ob die einseitige Auflösung des Verhältnisses zulässig

war oder nicht. Der Dienstpflichtige fordert auf Grund des Vertrages die Vergütung, und zwar bei Verträgen von bestimmter Dauer für die ganze Vertragszeit, bei Verträgen von unbestimmter Dauer bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist. Der Dienstberechtigte klagt auf Fortleistung der Dienste, sofern er nicht vorzieht, infolge des seiner Ansicht nach unberechtigten Verlassens des Dienstes seinerseits gemäss § 626 BGB. zu kündigen. Für die Klage des Dienstpflichtigen kommt folgendes in Betracht: Er ist nach § 614 BGB vorzuleisten verpflichtet. Die Vorleistungspflicht ist erfüllt, wenn er zur Dienstleistung im Stande ist und sich dazu bereit erklärt hat. Er muss also, wenn er Ansprüche geltend machen will, den Gegenkontrahenten zuerst in Annahmeverzug setzen[1]). „Es genügt, ist aber auch erforderlich, dass er seine Dienste wörtlich anbietet, sich zur Verfügung stellt."

In der Tatsache der Entlassung liegt die Erklärung des Dienstgebers, dass er die Leistung nicht annehmen werde; deshalb genügt gemäss § 295 BGB. zur Begründung des Annahmeverzuges ein wörtliches Angebot. Die Klage des Dienstpflichtigen erfordert hiernach den Nachweis des Gläubigerverzuges. Nach § 615 S. 2, muss sich der Dienstpflichtige den Wert desjenigen anrechnen lassen, was er infolge Unterbleibens der Dienstleistung erspart oder durch anderweite Verwendung seiner Dienste erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt.

Das Erfordernis der Inverzugsetzung leugnet David in seinem Aufsatze in der Zeitschrift „Das Recht" (VI. Jahrgang, Nr. 6, S. 146). David meint, dass nach der gegenteiligen Ansicht die ungerechtfertigt Ent-

1) Staub a. a. O. zu § 70 Anm. 8.

lassenen in der Praxis ihre Ansprüche regelmässig verlieren würden, da sie es für zwecklos halten würden, gegenüber dem deutlichen Willensausdrucke des Kündigenden, dass die weiteren Dienste nicht mehr gewollt sind, diese Dienste noch förmlich anzubieten. § 615 regele nur die Folgen, welche eintreten, wenn der Dienstberechtigte in Annahmeverzug gekommen ist; dass aber für den Fall, dass er nicht in Annahmeverzug gesetzt wird, dem Dienstverpflichteten nunmehr keinerlei Anspruch zustehen soll, liesse sich aus § 615 nicht entnehmen. Für den Dienstverpflichteten komme in Betracht, dass ihm durch die Entlassung regelmässig die weitere Dienstleistung unmöglich gemacht werde, indem er vom Dienstberechtigten nicht länger auf der Dienststelle geduldet werde. David gewährt hiernach dem Dienstverpflichteten auf Grund des § 324 BGB. Anspruch auf die vertragsmässige Gegenleistung. Zu Unrecht wird objektive Unmöglichkeit unterstellt; die auf dem Willen des Dienstberechtigten beruhende Nichtgewährung der Dienste kann eine objektive Unmöglichkeit in juristischem Sinne nicht herbeiführen; nichtsdestoweniger bleibt der Verpflichtete persönlich fähig zur Dienstleistung, was allein entscheidend ist. David übersieht ferner, dass das Gesetz die Gegenleistung nur für die geleisteten Dienste gewährt; nach positiver Vorschrift (§ 615) wirkt daneben die Leistungsbereitschaft und Angebot als Erfüllung. Von diesen Voraussetzungen kann bei der Forderung der vertragsmässigen Gegenleistung nicht abstrahiert werden[1]).

Nach vorstehendem ist die Kündigung, sofern sie nicht gerechtfertigt war, ohne Einfluss auf den

---

1) Übereinstimmend: Hessische Rechtsprechung. Jahrgang 4 Nr. 7 S. 54.

Fortbestand des Vertrages und die Verpflichtungen der Parteien. Hiernach unterscheidet sich das BGB. wesentlich vom Preuss. Allg. Landrecht. Nach § 408 I. 5 konnte jeder Teil auf seine Gefahr jederzeit vom Dienstvertrage wieder abgehen; die Rücktrittserklärung brachte auf alle Fälle, ob sie gerechtfertigt war oder nicht, das Dienstverhältnis zur Auflösung. Die Klage auf Vertragserfüllung war ausgeschlossen; es blieb lediglich ein Entschädigungsanspruch. Das hatte zu Ungunsten des entlassenen Dienstnehmers die Rechtsfolge, dass er im Konkurse das Privilegium verlor, das den Lohnforderungen der Arbeitnehmer beigelegt ist, ferner dass die Vorschriften über die Lohnbeschlagnahme keine Anwendung fanden. Nach BGB. treten diese Nachteile nicht ein, da es sich um einen Anspruch auf die vertragliche Vergütung handelt.

Die Auflösung des Vertrages.

§ 15.

Die nächste Wirkung der fristlosen Kündigung ist die Auflösung des Dienstverhältnisses, und zwar für die Zukunft. Dadurch unterscheidet sich die fristlose Kündigung vom Rücktritt im Sprachgebrauch des BGB. Zur Charakteristik des Rücktrittes gehört, dass der ganze Vertrag von Anfang an rückgängig gemacht wird, während bei der Kündigung die Vertragspflichten nur für die Zukunft eine Änderung erleiden. Im Entwurf § 566 war noch die Bezeichnung „Rücktritt“ in Anwendung auf unsern Fall gebraucht: „Jeder Vertragschliessende kann — — zurücktreten, wenn ein wichtiger, nach den Umständen des Falles den Rücktritt rechtfertigender Grund vorliegt“. Bei der Kommission für die II. Lesung wurde ein Antrag auf Ab-

änderung des § 566 E. dahin angenommen: „Jeder Teil kann jederzeit ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist das Dienstverhältnis beendigen, wenn u. s. w.“ Der endgiltige Wortlaut in § 626 BGB.: „Das Dienstverhältnis kann von jedem Teile ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn u. s. w.“ stimmt mit der Fassung, die die II. Kommission der Bestimmung gab, der Bedeutung nach vollständig überein. Dass der Ausdruck „Rücktritt“ vermieden ist, erklärt sich wohl durch die Berücksichtigung des vorerwähnten grundsätzlichen Unterschiedes in den Wirkungen der fristlosen Kündigung und den sonstigen Fällen des Rücktritts. Möglicherweise ist auch bestimmend gewesen die Meinungsverschiedenheit, die in den beiden Kommissionen über die juristische Konstruktion des Rücktritts bestand[1]). Zu § 427, Abs. 1 des Entwurfs nahm die erste Kommission an, dass die aus dem Vertrage entspringenden Verpflichtungen infolge des Rücktritts nur durch eine zivilrechtliche Einrede entkräftet würden, während die Mehrheit in der zweiten Kommission davon ausging, dass der Rücktritt das Schuldverhältnis ipso iure löse. Die zweite Kommission entschloss sich aber, die Konstruktion im Gesetze nicht zum Ausdrucke zu bringen und dem § 346 BGB. die jetzige Fassung zu geben. Für § 626 BGB. wird allseitig angenommen, dass die Auflösung des Dienstverhältnisses infolge der Kündigung ohne weiteres eintritt[2]). Dies kann nach dem Wortlaute des § 626 nicht zweifelhaft sein. Im Falle der ordentlichen Kündigung endigt das Dienstverhältnis ohne weiteres

1) Planck a. a. O. S. 127, 128 bezeichnet die fristlose Kündigung als ein mit dem Rücktritt verwandtes Rechtsinstitut.

2) Denkschrift zu dem Entwurfe eines Handelsgesetzbuches, zu § 70 S. 66.

durch den Parteiwillen mit dem Ablaufe der Kündigungsfrist Der Lauf der Kündigungsfrist beginnt mit dem Empfange der Kündigungserklärung. Soweit es gesetzlich zulässig ist, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen, endigt das Vertragsverhältnis folgerichtig mit dem Empfange der Kündigungserklärung selbst.

Bezüglich des dem § 626 entsprechenden Art. 62 Abs. 2 des früheren Handelsgesetzbuches war es wegen der Bestimmung, dass die Beurteilung der Wichtigkeit der Gründe dem Ermessen des Richters überlassen bleibe, zweifelhaft geworden, ob der Dienstvertrag durch die einseitige Erklärung, oder erst durch den Ausspruch des Richters aufgelöst werde. In Doktrin und Praxis wurde indes schon unter der Herrschaft des Art. 62 l. cit. allgemein der einseitigen Erklärung vertragslösende Kraft beigemessen. Wie die Denkschrift S. 66 bemerkt, ist jene Bestimmung des Art. 62 gestrichen, um in Verbindung mit der geänderten Fassung des § 70 HGB. ausser Zweifel zu stellen, dass die Auflösung des Dienstverhältnisses in den hier fraglichen Fällen nicht erst eines Richterspruches bedarf[1]). Die fristlose Kündigung bringt hiernach den Vertrag zur Auflösung in dem Zeitpunkte, in welchem die Kündigungserklärung wirksam wird, d. h. wenn dieselbe vom Gegner empfangen ist oder als empfangen gilt.

Das Gleiche gilt für den Fall des § 627 Abs. 2 BGB. Die Kündigung „zur Unzeit“ macht den Dienstverpflichteten schadensersatzpflichtig, die Beendigung des Vertrages aber führt die unzeitige Kündigung gleichwohl herbei.

---

1) Vgl. auch Reinhard a. a. O. S. 34.

Die Verpflichtungen der Parteien.

§ 16.

Von den Verpflichtungen der Parteien im Falle der Auflösung des Dienstverhältnisses durch fristlose Kündigung handelt § 628 BGB. Die Kündigung wirkt bloss für die Zukunft; für die bis zur Lösung des Vertrages geleisteten Dienste kann der Dienstverpflichtete die ihm zustehende Vergütung fordern. Der Anspruch auf die Vergütung wird mit dem Zeitpunkt der Beendigung des Vertrages fällig. Dieser Anspruch erleidet eine wesentliche Modifikation in dem Falle, dass die bisherigen Leistungen infolge der Kündigung für den Dienstberechtigten kein Interesse haben, und zwar falls die Kündigung von dem Dienstnehmer ausgeht immer, ausser wenn die Kündigung durch vertragswidriges Verhalten des Dienstberechtigten veranlasst worden ist. Geht dagegen die Kündigung vom Dienstberechtigten aus, so ist der Umstand, dass die bisherigen Leistungen für ihn kein Interesse haben, nur dann ausschlaggebend, wenn die Kündigung durch das vertragswidrige Verhalten des Dienstpflichtigen veranlasst ist. Für den Fall, dass die Vergütung über den Zeitpunkt der Beendigung des Vertrages vorausbezahlt ist, entsteht für den Berechtigten ein Herausgabeanspruch, auf den die Grundsätze Anwendung finden, die für den Rücktritt vom Vertrage (§ 347 BGB.) gelten. Die Herausgabepflicht ist dagegen nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zu beurteilen, wenn die Kündigung wegen eines Umstandes erfolgt, den der Dienstpflichtige nicht zu vertreten hat. Endlich ist derjenige, der die Kündigung durch sein vertragswidriges Verhalten veranlasst, zum Ersatze des durch die Auf-

hebung des Dienstverhältnisses entstehenden Schadens verpflichtet.

Der Anspruch des Dienstpflichtigen auf verhältnismässige Vergütung.

Gemäss § 628 S. 1 kann der Dienstverpflichtete einen seinen bisherigen Leistungen entsprechenden Teil der Vergütung verlangen. Unter den Begriff der Vergütung fallen auch der Ersatz für Auslagen und Aufwendungen[1]); ebenso Vorbereitungen, die zur Ausführung der zu leistenden Dienste erforderlich waren, z. B. die Reisen eines Arztes, die bei Ausführung der Dienstleistung mit vergütet werden, denn auch diese sind als Teile der vertragsmässigen Leistung zu betrachten. Die Vergütung braucht nicht in Geld zu bestehen[2]), sondern kann sich als irgend ein Vermögensvorteil darstellen, z. B. Nahrungsmittel. Bestimmt der Parteiwille nicht, wie hoch die zu zahlende Vergütung sein soll, so hat der Dienstberechtigte soviel zu entrichten, dass die Vergütung den geleisteten Diensten entspricht. Ein Überschuss ist herauszugeben. Man kann dieses Verhältnis rein zeitlich auffassen, wenn man dem Wortlaute des Gesetzes folgt; hat der Dienstpflichtige noch gar keine Dienste verrichtet, ist also die Kündigung schon vor Beginn der Dienstleistung erfolgt, so sind die bereits geleisteten Dienste gleich Null, und eine Vergütung ist daher nicht zu entrichten. Jedoch sind bei der Beurteilung noch andere Momente zu berücksichtigen als rein zeitliche. Sind die einzelnen Dienstleistungen der Art, dass sie einander völlig gleichwertig sind, für den Berechtigten von gleichem Wert,

1) Dernburg a. a. O. II, § 308.

2) Vgl. aber Gewerbe-Ordn. §§ 115—117.

für den Verpflichteten gleich schwer, so lässt sich die Vergütung allerdings nach der Zeit berechnen. Andernfalls ist die Vergütung in dem Verhältnisse zu berechnen, wie die Dienstleistungen für den Berechtigten von grösserem Wert sind und von dem Verpflichteten einen grösseren Aufwand erfordern. Es kommen also auch qualitative Momente in Betracht. Hierbei macht es keinen Unterschied, ob die bisherigen Leistungen erfolgreich gewesen sind, ob sie für den Dienstempfänger Wert haben. Es brauchen nicht einmal wirkliche Dienste geleistet zu sein, nach dem mehrerwähnten Grundsatze des § 615 Satz 1 BGB. Bei der Berechnung der verhältnismässigen Vergütung ist letzterenfalls § 615 Satz 2 zu berücksichtigen, wonach sich der Dienstpflichtige den Wert desjenigen anrechnen lassen muss, was er infolge Unterbleibens der Dienstleistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Dienste erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt, d. h. in der Absicht, den andern Teil zu schädigen. Der Dienstpflichtige soll sich nicht der Untätigkeit überlassen; daraus folgt indes nicht, dass er jede sich ihm bietende Arbeit annehmen muss. Auch braucht er sich nur dasjenige anrechnen zu lassen, was er mit dem Quantum von Arbeitskraft erworben hat, das er dem Dienstberechtigten angeboten hat, d. h. soweit er seine Dienste vertragsmässig zur Verfügung zu stellen hatte. Oder der kündigende Dienstpflichtige kann die verhältnismässige Vergütung nur dann beanspruchen, wenn er durch vertragswidriges Verhalten des andern Teiles zu der Kündigung veranlasst worden ist. Ex arg. a. contr. folgt aus § 628 Satz 2, dass ihm für den Fall der Kündigung durch den Dienstberechtigten dieser Anspruch regelmässig zusteht, mit der alleinigen Ausnahme, dass der Berechtigte durch ver-

tragswidriges Verhalten des Dienstnehmers zu der Kündigung veranlasst worden ist. Soweit die Voraussetzungen für den Anspruch auf verhältnismässige Vergütung nicht gegeben sind, steht dem Dienstpflichtigen ein Anspruch auf die Vergütung insoweit nicht zu, als seine bisherigen Leistungen infolge der Kündigung für den anderen Teil kein Interesse haben. In dieser Regelung des Verhältnisses erblickt Lotmar[1]) eine eingreifende Schranke des dem Dienstpflichtigen durch §§ 626, 627 verliehenen Kündigungsrechtes; er könne es mitunter nur unter Verzicht auf den verdienten Arbeitslohn ausüben und müsse dafür büssen, dass seine bisherigen Leistungen für die Gegenpartei interesselos werden. Darin liege unverkennbar eine grosse Härte. M. E. erweist sich im Gegenteil die Bestimmung des § 628 bei billiger Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen als durchaus gerechtfertigt; denn eine noch grössere Härte wäre es für den Dienstberechtigten, wenn er Dienste vergüten müsste, die infolge der Kündigung gar keinen Wert für ihn haben, wobei weiter in Betracht kommen kann, dass er die Vorteile der Zeit oder eine andere Gelegenheit nutzlos geopfert hat.

Der Herausgabeanspruch des Dienstberechtigten im Falle der im voraus entrichteten Vergütung.

Der Umfang der Herausgabepflicht ist verschieden, je nachdem die Kündigung wegen eines Umstandes erfolgt, den der Dienstverpflichtete zu vertreten hat oder nicht. Ersterenfalls greift die verschärfte Herausgabepflicht gemäss § 347 BGB. Platz. Die Heraus-

1) Lotmar a. a. O. S. 645.

gabe hat nach den Vorschriften zu erfolgen, die auf das Verhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit des Eigentumsanspruches Anwendung finden. Der Dienstschuldner hat die Vergütung naturaliter zu restituieren. Sind vertretbare Sachen zu restituieren, so genügt die Erstattung einer gleichen Quantität von gleicher Art und Güte. Ist die Restitution nicht möglich, weil der Dienstschuldner aus Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit den Untergang, die Verschlechterung oder sonstige Unmöglichkeit der Herausgabe herbeigeführt hat, so entsteht für ihn daraus eine Verpflichtung zum Schadensersatz (§ 989). Der Dienstschuldner hat die Substanz nicht nur vor Untergang und Verschlechterung zu bewahren, sondern auch die Nutzungen der Sache zu ziehen und herauszugeben, und zwar die vom Empfange der Vergütung an gezogenen Nutzungen. Die fructus percepti sind zu restituieren ohne Rücksicht darauf, ob der Dienstberechtigte sie auch gezogen hätte. Natürliche Früchte sind als gezogen anzusehen, wenn sie nach dem Empfange der Vergütung getrennt sind. Zivile Früchte, mögen sie in Vergütung für Gebrauchsüberlassung oder in der Überlassung des Fruchtgenusses, oder schliesslich in regelmässig wiederkehrenden Erträgen bestehen, gelten als gezogen, wenn sie auf die Zeit nach dem Empfange der Vergütung entfallen; andere zivile Früchte, soweit sie nach diesem Zeitpunkt fällig werden. Die Herausgabepflicht erstreckt sich ferner auf die fructus percipiendi; unterlässt es der Dienstschuldner schuldhafterweise, d. h. entgegen § 276 BGB., Nutzungen zu ziehen, so ist er dem Dienstherrn zum Ersatze verpflichtet (§ 987 Abs. 2). Als Mindestmass der aus einem zu restituierenden Geldbetrage zu ziehenden Nutzungen ist der gesetz-

liche Zinsfuss (4% § 246 BGB.) anzusehen. Die auf Gewinnung der Früchte verwendeten, einer ordentlichen Wirtschaft entsprechenden Kosten sind dem Dienstschuldner zu ersetzen, soweit sie den Wert der Früchte nicht übersteigen. Der Herausgabeanspruch vermindert sich um den Betrag der notwendigen auf die herauszugebende Sache gemachten Verwendungen (§§ 994—996). Wesentlich anders gestaltet sich die Rechtslage, wenn die Kündigung wegen eines vom Dienstpflichtigen nicht zu vertretenden Umstandes erfolgt; in diesem Falle greift das mildere Haftungsprinzip des § 818 BGB. Platz. Danach hat der Dienstpflichtige die erlangte Vergütung herauszugeben, natürlich nur insoweit, als sie den Betrag übersteigt, den er nach Massgabe des § 628 für sich in Anspruch nehmen kann. Herauszugeben sind ferner die Nutzungen der Sache, aber nur diejenigen, welche tatsächlich gezogen und noch vorhanden sind, unter Abzug der auf die Gewinnung verwendeten Kosten. Ferner erstreckt sich die Herausgabepflicht auf das, was auf Grund eines erlangten Rechts erworben ist, desgleichen auf das Surrogat, d. h. das, was als Ersatz für Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung der empfangenen Sache erlangt worden ist. Gegenstand des Herausgabeanspruches ist jedoch nicht, was durch Rechtsgeschäft mit Mitteln des erlangten Gutes erworben worden ist; es kann in diesem Falle nur Ersatz der Gegenstände gefordert werden, die der Kondiktionsgegner erhalten hat[1]). Soweit der Dienstpflichtige

1) Ebenso: Dernburg a. a. O. § 381. S. 305. Planck a. a. O. zu § 818. Dagegen: Örtmann a. a. O. zu § 818. Enneccerus Das bürgerl. Recht § 356. Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse S. 108. Der Wortlaut des § 818 im Gegensatz zu dem des § 1370 entscheidet für die hier vertretene Ansicht.

nicht mehr bereichert ist, ist die Verpflichtung zur Herausgabe oder zum Ersatze ausgeschlossen. Da er anderseits nur insoweit haftet, als er noch bereichert ist, müssen ihm alle Verwendungen, selbst wenn sie für den Gläubiger nicht von Wert sind, ersetzt werden, denn diese mindern seine Bereicherung. Eine verschärfte Haftung tritt ein, wenn der Herausgabeanspruch rechtshängig geworden ist; der Herausgabepflichtige haftet alsdann nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 291, 292, 987—990 BGB., also insbesondere für jedes Verschulden, wie für fructus percipiendi.

Der Schadensersatzanspruch.

Ausser den bisher besprochenen Verpflichtungen der Parteien hat die Auflösung des Vertrages unter Umständen noch eine Schadensersatzpflicht der einen oder anderen Partei zur Folge. § 628 Abs. 2 bestimmt:

> Wird die Kündigung durch vertragswidriges Verhalten des anderen Teiles veranlasst, so ist dieser zum Ersatze des durch die Aufhebung des Dienstverhältnisses entstehenden Schadens verpflichtet.

Durch diese Bestimmung ist den hin und wieder in der Literatur[1]) aufgetauchten Zweifeln bezüglich der Frage des Kausalzusammenhangs jeder Boden entzogen. Es wurde bisweilen angenommen, dass der Kündigende einen ihm etwa erwachsenen Schaden nicht geltend machen könne, weil die Beendigung des Vertrages eben auf seiner freien Entschliessung beruhe und deshalb den ursächlichen Zusammenhang zwischen dem schuldhaften Verhalten des Gegners und dem

1) Landmann a. a. O. zu § 123 Anm. 2 RGO. Vgl. Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamm in: „Das Gewerbegericht“ 4. Jahrgang 1898—99, S. 4.

eingetretenen Schaden unterbreche. Dagegen gab schon das Reichsoberhandelsgericht dem Schadensersatzanspruche in einem solchen Falle Folge[1]):

„Hieraus folgt unmittelbar die Verpflichtung des Beklagten, dem Kläger den aus der Aufhebung des Vertrages entstandenen Schaden zu ersetzen Nach den allgemeinen Grundsätzen des bürgerlichen Rechts kann aber die Verpflichtung desjenigen Teiles, welcher durch Verletzung seiner kontraktlichen Verpflichtungen dem anderen Teile einen gerechtfertigten Grund gegeben hat, den Vertrag für aufgehoben zu erklären, den Gegner schadlos zu halten, keinem Zweifel unterliegen."

Den Gründen des Reichsoberhandelsgerichts kann hinzugefügt werden, dass die Entstehung des Schadens allerdings auf das schuldhafte Verhalten des Gegners zurückzuführen ist. Indem das Gesetz das schuldhafte Verhalten des andern Kontrahenten als einen wichtigen Grund zur Auflösung des Vertrages anerkennt, spricht es damit zugleich aus, dass die Folgen der Auflösung verursacht sind durch den Grund der Kündigung und nicht durch ein eigenes Faktum des Geschädigten. Einen weiteren Fall der Verpflichtung zum Schadensersatze regelt § 627 Abs. 2. Ist jemand zur Leistung höherer Dienste angestellt, die auf Grund besonderen Vertrauens übertragen zu werden pflegen, so darf derselbe auch ohne den im § 626 geforderten wichtigen Grund fristlos kündigen, indes nur in der Art, dass sich der Dienstberechtigte die Dienste anderweit beschaffen kann. Die unzeitige Kündigung macht den Verpflichteten schadensersatzpflichtig; er hat dem Dienstberechtigten den Schaden zu ersetzen,

1) ROHG. Bd. 14 S. 21.

der letzterem aus der plötzlichen Einstellung der Dienstleistungen erwächst. In gleicher Weise schützt das Gesetz den Mandanten in § 671; auch der Mandatar darf nur in der Weise kündigen, dass der Mandant für die Besorgung des Geschäftes anderweit Fürsorge treffen kann. In beiden Fällen ist die Schadensersatzpflicht ausgeschlossen, wenn ein wichtiger Grund die unzeitige Kündigung rechtfertigt.